

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FLÁVIA PACHECO

**PRINCIPAIS EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO
CASAMENTO**

CURITIBA
2011

FLÁVIA PACHECO

**PRINCIPAIS EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO
CASAMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina Monografia Jurídica, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Co-orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

FLÁVIA PACHECO

PRINCIPAIS EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadores:

LUIZ EDSON FACHIN
Orientador

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
Co-orientador

Membros da banca:

LUIZ FERNANDO PEREIRA
Primeiro membro

PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN
Segundo membro

À minha família, meus orientadores, e a todos os que colaboraram e me auxiliaram, de maneira direta ou indireta neste período, com paciência e compreensão.

“Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana”.

Carl Jung.

RESUMO

O presente trabalho visa abordar os efeitos patrimoniais relacionados ao casamento e à união estável no Brasil contemporâneo. Origina-se de reiterados questionamentos feitos por amigos à autora, quanto a orientações sobre as vantagens e desvantagens patrimoniais oriundas da escolha entre as entidades familiares casamento e união estável. Objetivou-se, com a pesquisa, esclarecer tais questionamentos. Parte-se do estudo da evolução da família, desde quando era centro de composição de patrimônios, até tornar-se uma forma de condução de seus membros a uma existência feliz, a hodierna família eudemonista. É tratada da evolução da união estável, a partir de quando era desprezada moral e juridicamente por se confundir com o que atualmente se denomina concubinato adulterino, vindo posteriormente a elevar-se ao *status* de entidade familiar, pela Constituição Federal de 1988. São enumeradas as espécies de regime de bens aplicáveis ao casamento e a união estável, quais sejam, os regimes; legal de comunhão parcial de bens, de comunhão total, de separação total ou de comunicação de aquestos. Trata-se também do pacto antenupcial e do contrato de convivência, que são os instrumentos para se dispor do regime supletivo em favor de outro regime, seja ele previsto no Código Civil ou ainda tendo os efeitos determinados pelo casal conforme lhe aprouver. O trabalho também apresenta as características, requisitos, valor e hipóteses de término da obrigação alimentar. De forma sistemática por ser o tema bastante complexo e polêmico, o presente trata ainda das consequências sucessórias do casamento e da união estável. Distingue a meação, que é parte ideal do patrimônio originada no Direito de Família; da herança, esta sim contida no Direito das Sucessões, a qual reflete a parte do patrimônio atribuída ao falecido e transmissível a seus sucessores. Distingue a sucessão legítima ou *ab intestato*, que é a decorrente de lei, a qual estabelece uma ordem de preferência dos herdeiros, da sucessão testamentária, resultante da disposição de última vontade do autor da herança. Trata também da controversa aplicação ou não do direito real de habitação, que é uso gratuito da propriedade de terceiros, ao companheiro sobrevivente na propriedade da residência da família.

Palavras-chave: Casamento; Direito de Família; Direito Sucessório; Direitos Patrimoniais; União Estável.

ABSTRACT

The present study aims to address the main patrimonial effects related to marriage and *common law marriage* in contemporary Brazil. It originates from repeated inquiries by friends to the author, about guidance on the advantages and disadvantages arising from the choice between the family entities marriage and *common law marriage*. The goal of the research is clarifying such questions. It starts with the study of the evolution of the family, since it was the center of the composition of assets, until it became a way of driving its members to a happy life, the current eudemonistic family. The evolution of *common law marriage* is studied, ever since it was morally and legally despised for being confused with what is now called adulterous concubinage, and later came to rise to have the *status* of family entity, by the Constitution of 1988. The species of property regimes applicable to marriage and stable relationships are listed, namely: the legal regime of partial communion of marital assets, total communion, total separation and partial communication of the assets acquired during the relationship. It also explains the prenuptial agreement and courtyard contract, which are the instruments available to give up the statutory regime in favor of another, whether predicted in the Civil Code or with its effects determined by the couple as they please. The study also presents the characteristics, requirements, value and assumptions of termination of the maintenance obligation. In a systematic way, since the issue is very complex and controversial, this study also deals with the consequences of marriage and *common law marriage* in succession law. It distinguishes joint property, which is ideal piece of property arising from Family Law, from inheritance, the latter reflecting the portion of assets allocated to the deceased and transmitted to their successors, and is contained in Succession Law. It distinguishes legitimate or *ab intestato* succession, which is resultant from the law, that establishes an order of preference of the heirs, from the will succession, resulting from the last wishes of the deceased. It also treats the real right to habitation, which is the free use of property of others, its controversial application or not to the surviving partner, in case of *common law marriage*, on the property for the family residence.

Keywords: Marriage; Family Law; Succession Law; Patrimonial Rights; Common law marriage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA E DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL.....	10
1.1 TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO NA ESFERA DA FAMÍLIA.....	10
1.1.1 Direito de Família no Código Civil de 1916.....	10
1.1.2 A Transição.....	13
1.1.3 Direito de Família na Constituição Federal de 1988.....	14
1.1.4 Direito de Família a partir do Código Civil de 2002.....	16
1.1.5 Direito de Família contemporâneo.....	18
1.2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL.....	20
1.2.1 O Código Civil de 1916 e o silêncio em relação às famílias não fundadas no casamento.....	20
1.2.2 A transição do concubinato para a união estável.....	21
1.2.3 A Constituição de 1988 e a criação do instituto da união estável.....	24
1.2.4 A regulamentação da união estável.....	26
2 A UNIÃO ESTÁVEL ATUALMENTE.....	31
2.1 REQUISITOS QUE CARACTERIZAM A UNIÃO ESTÁVEL.....	32
2.1.1 Requisito superado em maio de 2011: Relação afetiva entre homem e mulher.....	34
2.1.2 Convivência pública, contínua e duradoura.....	36
2.1.3 Objetivo de constituição de família.....	37
3 REGIMES MATRIMONIAIS DE BENS.....	39
3.1 ARRANJOS PATRIMONIAIS.....	41
3.1.1 O Pacto antenupcial.....	42
3.1.2 O Contrato de Convivência.....	43
3.1.3 Cláusulas nulas tanto no pacto antenupcial quanto no contrato de convivência	45
3.2 REGIMES DE BENS EM ESPÉCIE.....	47
3.2.1 O Regime supletivo da comunhão parcial de bens.....	48
3.2.1.1 Diferenças na aplicação do regime supletivo ao casamento com comunhão parcial de bens e na união estável.....	51
3.2.2 O Regime da comunhão universal de bens.....	52
3.2.3 O Regime da participação nos aquestos.....	53
3.2.4 O Regime de separação total de bens.....	54
4 A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS.....	56
4.1 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO A ALIMENTOS.....	58

4.1.1 Requisitos ao direito a alimentos.....	60
4.1.2 Valor da prestação alimentar.....	61
4.1.3 Hipóteses de término da obrigação alimentar entre ex-companheiros ou ex- casados.....	62
4.2 EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO SUCESSÓRIO.....	64
4.2.1 Direito à herança.....	65
4.2.1.1 Diferença entre meação e herança	66
4.2.1.2 Concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os demais herdeiros.....	67
4.2.1.3 Concorrência entre o companheiro sobrevivente e os demais herdeiros	71
4.2.2 Direito real de habitação.....	74
4.2.3 Sucessão testamentária.....	75
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	80

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as entidades familiares do casamento e da união estável, demonstrando as peculiaridades e as similitudes dentre os principais efeitos jurídicos patrimoniais de uma e de outra.

A fim de uma melhor compreensão, optou-se por uma exposição da evolução do direito de família no Brasil, a partir de quando o Estado brasileiro inseria-se em um contexto Liberal, sua transformação para Estado de Bem-Estar Social, e os reflexos de tais paradigmas na área do direito civil que rege a família. Será discutido o significado do significante “família” e o tratamento jurídico que lhe é aplicado nestes diferentes períodos históricos.

Nessa perspectiva, passar-se-á ao estudo do instituto da união estável, o qual originou-se no concubinato, demonstrar-se-á a superação do sentido pejorativo que inicialmente lhe cabia, sua consagração como entidade familiar pela Carta Magna de 1988, até sua recente caracterização para os casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Em seguida, será feito um estudo dos regimes matrimoniais previstos em lei e dos diferentes arranjos patrimoniais que são possíveis de serem criados pelos companheiros ou cônjuges através de pacto antenupcial e contrato de convivência.

Também tratar-se-á do direito a alimentos: suas características, requisitos, valor e hipóteses de término da obrigação alimentar.

De forma geral, serão analisados os efeitos patrimoniais do casamento e da união estável no direito sucessório. Verificar-se-á como ocorrem as concorrências entre cônjuges e companheiros e demais herdeiros. Analisar-se-á também o direito real de habitação.

Por fim, será brevemente tratado da sucessão testamentária, explicando-se os conceitos de “herdeiros necessários” e “legítima”.

1 TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA E DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

1.1 TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO NA ESFERA DA FAMÍLIA

O direito trata de um universo de conceitos compostos por significantes, que correspondem a diferentes significados em determinados momentos históricos e sociais. Ou seja, os institutos, apesar de comumente manterem o mesmo nome, mudam de sentido de acordo com os valores vigentes na sociedade em que se vive.

O sentido do signifiante “família” tomado no início do século XX difere enormemente do que era tomado no final do mesmo século e início do seguinte. Consequentemente, a legislação referente ao Direito de Família alterou-se de forma acentuada de um momento histórico para o outro.

Conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira,

Cada época vive um complexo de regras que lhe são próprias. Não desprezam o passado, não rompem com as tradições, mas modelam ou disciplinam os fatos humanos segundo as injunções do seu momento histórico. Se a sociedade fosse estática, o Direito seria estático. Se o Direito fosse estático, impor-se-ia a vida social um imobilismo incompatível com o senso evolutivo da civilização. Contingente como a vida, o Direito é igualmente mutável¹.

Logo, analisar-se-á o tratamento dispensado ao direito de família pelo legislador brasileiro em diferentes momentos históricos deste país.

1.1.1 Direito de Família no Código Civil de 1916

Influenciado pelos ideais revolucionários franceses, tendo como modelo o *Code de Napoléon*, o Código Civil de 1916 tinha caráter liberal, individualista, e patrimonialista. Como consequência, a família do início do século XX era considerada **o centro de composição de patrimônios**.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.5, 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

As características da família deste período histórico refletem o seu intuito primordial de fornecer segurança ao patrimônio burguês.

Dentro de tal lógica, a propriedade tinha caráter absoluto, o contrato fazia lei entre as partes, e a família servia como unidade econômica. Conforme criticado por Karl Marx, um dos maiores opositores da ideologia então vigente, “A burguesia rasgou o véu de sentimentalismo que envolvia as relações de família e reduziu-as a simples relações monetárias”².

Como evidência do caráter eminentemente patrimonial do Código Civil de 1916, pode ser citada a afirmação de Paulo Luiz Netto Lôbo de que nada menos que 151 artigos do livro de família de tal diploma legislativo tratavam de conteúdo em sua maior parte patrimonial, restando apenas 15 que não o faziam³. No mesmo sentido está a afirmação de Jussara Meirelles de que grande parte dos impedimentos matrimoniais previstos no antigo Código Civil tinham por finalidade proteger não as pessoas, mas sim o patrimônio⁴.

Nesta perspectiva clássica do direito privado, o casamento desconsiderava a dignidade de seus membros. Pode-se concluir que as relações jurídicas reguladas pelas normas jurídicas do código civil estabeleciam-se entre patrimônios, e não entre seres humanos, já que os interesses pessoais destes não tinham importância. Neste período, o indivíduo servia aos interesses da família, abstratamente considerada, e não vice-versa. O afeto era apenas presumido, não sendo de forma alguma valorizado⁵.

A família dependia primeiramente da lei, pois apenas o casamento solenemente realizado garantia o *status* de família a um agrupamento de pessoas⁶. Para concretizar-se a segurança do patrimônio, a legislação proibia a dissolução do casamento.

² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 11.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: **Direito de Família na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 64.

⁴ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, pp. 195-225.

⁵ “Quando a presença do afeto, nas relações de família, era presumida, sua relevância jurídica consistia em ser tomado como existente, não dando margem a muita discussão.” (Ibidem, p. 274).

⁶ Desde o Código de Napoleão, o casamento é considerado a origem da formação das famílias. Conforme a Exposição de Motivos de tal diploma legislativo: “*Legislateurs, les familles sont la pépinière de l’Etat, et c’est le mariage que forme les familles*”.

De acordo com a realidade então vigente, as relações concubinárias estáveis, embora ocorressem comumente na prática, não geravam qualquer tipo de proteção jurídica aos seus membros. Eram encaradas, dentro dos valores burgueses, como um fenômeno de ruptura, explicitado na frase de Napoleão a respeito do concubinato: “*Les concubins se passent de la loi; la loi se desintéresse d’eux*”. As famílias não formalizadas pelo matrimônio eram reprovadas pela sociedade⁷ e absolutamente ignoradas pelo legislador pátrio, apesar de comumente baseadas em afeto não apenas presumido.

Dentro de uma rígida hierarquia, cada membro desempenhava um papel fixo pré-determinado. Sendo a família de então patriarcal, o marido ocupava o posto máximo, representando o grupo familiar, e vivendo os demais membros do grupo familiar sob o seu jugo.

A mulher, quando se casava, tornava-se relativamente incapaz⁸, passando a ser assistida pelo marido nos atos da vida civil. Este era o único administrador do patrimônio da família, e à mulher restava conformar-se com a posição de dependente.

Também o que se denominava “pátrio poder”⁹ era exclusivo do marido (sendo tal expressão, por si só, esclarecedora).

Em um tempo em que não se cogitava a realização de exames de DNA para confirmar a paternidade, aos filhos então denominados “legítimos”¹⁰ cabia submeterem-se ao patriarca, sendo que a todos os outros, preconceituosamente então denominados de “ilegítimos”, nenhuma forma de proteção lhes era assegurada, sendo

⁷ “Aqueles que se afastavam deste esquema tradicional se confrontavam com a reprovação pública e se expunham, irremediavelmente, a uma vida marginal.” LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 16.

⁸ Segundo o atual Código Civil, em seu artigo 4º, hoje são considerados relativamente incapazes: “I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos”.

⁹ Hodiernamente denominado “poder familiar”, já que a Constituição Federal de 1988, no parágrafo quinto do artigo 226, não permite hierarquia dentre o casal em relação aos direitos e deveres referentes a sociedade conjugal.

¹⁰ Aqueles cujos pais eram casados entre si.

que nem mesmo voluntariamente o pai podia reconhecê-los¹¹. O artigo 358 do Código Civil de 1916 expressamente declarava que, “os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”.

As características supra tinham por objetivo perpetuar integralmente o patrimônio da família, sendo que a realização pessoal e a dignidade de seus membros de forma alguma eram levados em consideração, dentro de tal paradigma.

Conforme Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, “em suma: a estabilidade da instituição familiar é reputada pela codificação de 1916 como mais relevante do que a felicidade dos membros que a compõem”¹².

1.1.2 A Transição

Ocorreram transformações radicais na sociedade durante as décadas de 60 e 70 no Brasil, inclusive graças aos movimentos pela liberação dos costumes, ao questionamento quanto às imposições feitas pela igreja, aos dois conflitos mundiais, à Revolução Industrial, e ao acesso geral aos meios de comunicação.

Conseqüentemente, a família passou a ser cada vez mais urbana, menor, e menos hierarquizada.

Legislação, doutrina, e jurisprudência foram se amoldando aos novos valores que se formavam. Diversas leis extravagantes foram criadas. A partir de 1949, através da Lei 883, tornou-se possível o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio. Em 1962, a Lei 4121, também denominada de “Estatuto da mulher casada”, acabou com a absurda incapacidade relativa da esposa, dispensando a autorização marital para que ela pudesse trabalhar e realizar atos negociais. E a grande novidade em 1977 foi o surgimento da possibilidade de dissolução do casamento, através da lei 6.515 denominada de “Lei do divórcio”.

¹¹ “Nesse sentido, a impossibilidade de acesso a filiação, presente nas restrições do reconhecimento voluntário e judicial da paternidade, caracteriza uma forma de ofensa aos direitos de cidadania” RAMOS, Carmen Lucia Silveira. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG; Del Rey, 2000, p. 68.

¹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada a pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22.

1.1.3 Direito de Família na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental, submetendo o ordenamento jurídico como um todo.

O Estado brasileiro a partir desta Carta Magna tornou-se social, intervencionista a fim de buscar a erradicação da pobreza, consagrou o pluralismo, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a justiça social, e as funções sociais da propriedade e do contrato.

Os valores em tal documento elencados passaram a ser obrigatoriamente considerados tanto na esfera pública como na privada, sob pena de inconstitucionalidade.

O direito de família também foi influenciado por tais princípios, e passou a ser relido a partir deles. A afetividade, até então presumida, passou a ser fundamental dentro das relações familiares.

Dentro de tal paradigma, a família do final do século XX passou a ser considerada a **união para a realização de um projeto de vida em comum**, o núcleo de realização da pessoa humana.

Uma das grandes inovações da Constituição do pós-guerra foi a consagração do pluralismo de modelos familiares. A partir dela, não mais somente se aceitava como sendo família aquela fundada no casamento, mas também a união estável e a família monoparental passaram a ser consideradas entidades familiares, tornando-se também protegidas pelo ordenamento jurídico.

A partir da nova Carta Magna, a condição jurídica da mulher evoluiu de forma significativa dentro do direito de família. A hierarquização foi afastada pelo legislador constituinte, seguindo do pensamento de Cosentini de que “os tempos modernos exigem que a mulher não continue mais a ser subordinada, cega, mas colaboradora afetuosa do homem”¹³.

Conforme José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz:

¹³ COSENTINI, Francesco. Droit de Famille, Essai de Reforme. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 5. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.14.

Os sociólogos, historiadores, antropólogos e juristas têm revelado o processo de passagem da família patriarcal à família nuclear. Este processo de desintegração da família é o resultado de profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais (revolução industrial, grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção e emancipação feminina)

[...]

os sociólogos observam que a integração da mulher no processo econômico confere-lhe maior poder de decisão e lhe proporciona relativa independência financeira. Com isto se acentua a tendência a desaparecer qualquer predeterminação de funções no interior da família (a autoridade e as tarefas domésticas tendem, portanto, a ser partilhadas igualmente entre os cônjuges)¹⁴.

Também a odiosa hierarquização entre os filhos foi extinta¹⁵.

O divórcio direto passou a ser aceito a partir da Carta Magna de 1988, desde que depois da separação fática em tempo superior a dois anos.

Rechaçado pelos doutrinadores, o princípio da culpa, embora não totalmente afastado, teve sua importância minimizada pela Constituição Federal de 1988¹⁶. Antes dela, o cônjuge considerado culpado pelo juiz sofria uma série de penalidades, as quais foram relativizadas pela preponderância de novos princípios e realidade social. Por exemplo, a partir de 1988, mesmo o cônjuge culpado passou a poder manter o seu sobrenome caso houvesse prejuízo a sua identificação, e o princípio do melhor interesse do menor passou a definir quem mantém a guarda dos filhos.

Considera-se que uma condenação de “culpa” em qualquer grau a um dos cônjuges durante o divórcio trata-se de uma afronta ao princípio da dignidade da

¹⁴ MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 12.

¹⁵ “As denominações de filhos ilegítimos, legítimos, espúrios, naturais, incestuosos, adulterinos e adotivos passaram a integrar uma época (lamentável) da história, a ser documentada de forma indelével, para que erros e absurdidades de um passado não tão distante jamais sejam perpetrados novamente.” GANDOLFI, Rafael Marques. **Efeitos patrimoniais da união estável no âmbito do direito privado**. Curitiba, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito). - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 17.

¹⁶ “Dizer quem é o culpado e quem não o é, quando se trata de um relacionamento personalíssimo, íntimo e fortemente interativo como é o conjugal, chegaria a ser pedante, se antes disso não fosse sumamente ridículo. Nem os cônjuges, eles próprios, terão muitas vezes a consciência precisa de onde reside a causa de seu malogro, quase sempre envolta da obscuridade que, em maior ou menor grau, impregna todas as ações humanas”. VILLELA, João Baptista. **Separação, divórcio e concubinato**. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1979, p. 189. Apud, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 91-92.

pessoa humana. O Estado intervém na família de forma excessiva e abusiva ao fazê-lo. Infelizmente, o poder constituinte originário não ousou a ponto de abandonar totalmente o princípio da culpa.

O princípio da ruptura, em contraposição ao princípio da culpa, é tratado por José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz:

Não está mais em jogo uma idéia de culpa nem uma preocupação sancionadora. O único fundamento do divórcio é de natureza objetiva: a cessação da comunhão de vida entre os cônjuges. O casamento rompeu-se, o casamento fracassou (*Die Eheistgescheitert*), ocorreu a falência do casamento (*divorce faillite*) e o divórcio é decorrência da verificação de um fato: a ruptura da comunhão de vida entre os cônjuges, de modo presumivelmente irremediável (*divorce-constat*)¹⁷.

Esse mesmo princípio da ruptura, que é uma evolução, só veio a ser adotado pela Carta Magna 22 anos após a sua promulgação, a partir da Emenda Constitucional 66/2010, a qual será melhor detalhada nos pontos 1.1.4 e 1.1.5.

1.1.4 Direito de Família a partir do Código Civil de 2002

As relações sociais em geral, e na área do direito de família em especial, são bastante mutáveis com o desenrolar dos tempos. Devido ao longo intervalo entre a criação e a aprovação do projeto do novo Código Civil¹⁸, originalmente seu pensamento seguia a Escola Pandectista e o *Code* de Napoleão, que valorizavam os conceitos e o patrimônio. Por tal ideologia não mais ser adequada à realidade vigente no começo do século XX, o projeto sofreu diversas alterações no desenrolar de sua história.

A partir de 1977, surgiu a nova lei do divórcio, a qual extinguiu o desquite, criando a separação judicial; em 1988, novos valores foram consolidados pela nova Carta Magna; e, no final do século XX, surgiram diversos textos legislativos esparsos - os chamados microssistemas.

¹⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 422-423.

¹⁸ Foi criado no início da década de 70 e aprovado mais de trinta anos depois.

Nesse fenômeno de descodificação do direito, o Código Civil deixou de ser central dentro do Direito Privado. A complexidade do sistema jurídico chegou a tal ponto que a pretensão napoleônica de unidade, coesão e completude do Código Civil se esvaiu. O estatuto da mulher casada (Lei 4.121/62), a lei do divórcio (Lei 6.515/77), o ECA (Lei 8.089/90), as Leis 8.971/94 e 9.278/96, além da Constituição Federal de 1988, passaram a legislar temas de direito de família.

Formalmente bastante diferente do Código Civil que o precedeu, materialmente o novo *Codex* não pode ser considerado inovador, pois em grande parte limitou-se a repetir regras que há mais de treze anos já haviam sido definidas pela Constituição Federal, sejam elas a igualdade entre os cônjuges¹⁹, a igualdade entre todos os filhos independentemente da origem da filiação²⁰, a elevação à entidade familiar das uniões de fato, o princípio do melhor interesse do menor, e a dissolubilidade do matrimônio.

Contudo, é justo reconhecer que algumas novidades foram criadas pelo novo *Codex*. Dentre elas, a diminuição da idade para se atingir a maioridade civil, que era 21 anos e passou a ser 18, afetando algumas questões de família como alimentos e ressignificação do pátrio poder – o qual passou a ser denominado de poder familiar, expressão mais adequada aos valores contemporâneos. Além disso, o tempo de separação exigido antes de se conceder o divórcio também diminuiu de dois para um ano (ressalta-se que tal exigência foi extinta posteriormente, com a Emenda Constitucional no. 66 de 2010). A renúncia ao direito de receber alimentos foi proibida pelo novo código civil²¹. Também um novo regime de bens no casamento surgiu, o de participação final nos aquestos²².

Diversas são as críticas dos doutrinadores quanto ao tratamento que o novo *Codex* deu à família.

¹⁹ Disposta na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 3º, IV; 5º, I; e 226, par. 5º.

²⁰ A qual já havia aparecido no art. 20 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA). De qualquer forma, por ser princípio constitucional revestido de plena eficácia desde 1988, a igualdade entre os filhos já estaria vigorando mesmo que não presente no ECA ou no *Codex*. “Mas foi bom repeti-lo, como quem repete uma reza, um *Pai Nosso*.” VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

²¹ Contudo, mesmo com tal proibição expressa, este é um tema polêmico que vem ainda se solidificando na jurisprudência.

²² O qual mescla certas características dos regimes da separação do total de bens com os da comunhão parcial de bens e será melhor explicado no ponto 3.2.3.

Dentre elas, as que referem-se aos pontos ignorados pelo legislador do novo Código Civil, quais sejam: as uniões homoafetivas, a família monoparental, e a reprodução assistida.

Os que crêem ser a atribuição do caráter de herdeiro necessário a todo cônjuge, independentemente do regime adotado para o casamento, um resquício anacrônico da visão liberal da família como núcleo de aquisição de bens, criticam tal inovação do *Codex*.

O novo Código Civil também foi criticado por não ter feito nenhuma contribuição para valorizar o princípio da ruptura em relação ao princípio da culpa. Tal só veio a ocorrer através da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010.

Mesmo sofrendo críticas, é certo que o novo Código Civil pretendeu, em paralelo com outras normas jurídicas que regulam o direito civil, transformar a realidade social, sob a luz dos princípios consagrados pela Carta Magna, especialmente o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade, e o da justiça social.

1.1.5 Direito de Família contemporâneo

A família contemporânea é **eudemonista: é moralmente justificável que ela exista para conduzir os seus membros a uma existência feliz.**

Conforme Muniz e Lamartine:

A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família, que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros. Diz-se por isso que é ‘a comunidade de afeto e entre-ajuda’.

Assim, a concepção eudemonista da família progride à medida que ela regride ao seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa – para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais²³.

²³ MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 13.

No mesmo sentido afirma André Michel: “o indivíduo não pensa que existe para a família e o casamento, mas que a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal”²⁴.

O legislador vem agindo em tal sentido.

Em 2008, a Lei 11.698 alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, criando a “Guarda Compartilhada”, que garantiu aos filhos a convivência familiar prevista pela Carta Magna de 1998 em seu artigo 227.

De acordo com a tendência há anos apontada pela melhor doutrina, a Emenda Constitucional no. 66, de 13 de julho de 2010, alterou o parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1998²⁵. A partir de tal mudança, para obter o divórcio direto não é mais necessário esperar o decurso de um ano a partir da separação judicial ou extrajudicial, ou de dois anos a partir da separação de fato. Portanto, não existe mais o instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco prazos para se requerer e conceder o divórcio.

Tal emenda tratou-se de grande avanço no sentido de adequar as leis aos novos paradigmas que vem sendo construídos desde o século XX e consolidados neste século XXI. Através dela, o princípio da ruptura se consagrou, eliminando o anacrônico princípio da culpa de nossa Constituição Federal. Conforme Aguida Arruda Barbosa:

O divórcio, como vem agora preconizado na Lei Maior, contém uma revolução muito mais ampla do que a mera desburocratização para se alcançar a dissolução da sociedade e do vínculo matrimonial, com economia de gastos e, ainda, como mecanismo que possa desafogar o Judiciário. O grande mérito desta conquista está na extinção do sistema de culpa para dissolver a sociedade conjugal, revolucionando o ordenamento jurídico pátrio, posto que não exista mais o instituto da separação, onde era previsto o elenco de causas que deveriam ser descritas e provadas, em intermináveis litígios judiciais²⁶.

²⁴ MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In: **Archives de Philosophie Du Droit: reformes du droit de la famille**. Paris: Sirey, 1975. t. 20, p. 131.

²⁵ ~~§ 6º — O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.~~

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010).

²⁶ BARBOSA, Aguida Arruda. **Admirável Mundo Novo**. Boletim IBDFAM, Belo Horizonte, n. 63, jul/ago. , p. 7.

Segundo notícia veiculada no jornal Folha de São Paulo em 15 de outubro de 2010, a partir da vigência da Emenda Constitucional 66, o número de divórcios aumentou expressivamente no estado de São Paulo²⁷. Crê-se que, longe de estimular o divórcio, a emenda veio a facilitar a oficialização do rompimento de vínculos que apenas persistiam formalmente, e não materialmente.

O Direito de Família no Brasil encontra-se em ininterrupta evolução. Tramitam no Congresso Nacional hodiernamente projetos como o Estatuto das Famílias e a criação de um cadastro de proteção ao credor alimentar²⁸.

1.2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

O instituto do concubinato, inicialmente, foi desconsiderado juridicamente, tendo passado por evoluções gradativas; acabou por dividir-se entre concubinato adúltero e não-adúltero, até este último atingir o *status* constitucional de entidade familiar, na forma de união estável.

1.2.1 O Código Civil de 1916 e o silêncio em relação às famílias não fundadas no casamento

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo: “O casamento civil, imposto pelo Estado, em 1890, repita-se, aniquilou todas as aludidas formas naturais de constituição de família, que, há aproximadamente 4.000 anos, vinham sendo praticadas”²⁹.

²⁷ “O número de divórcios no Estado de São Paulo cresceu 149% desde julho deste ano, quando foi aprovada a Emenda Constitucional 66, que instituiu no país, junto à Lei n.º 11.441/2007, o chamado divórcio rápido (feito por meio de escritura em cartório). Os números são do CNB (Colégio Notarial do Brasil), que representa os tabeliães de todo o país. No ano passado, entre julho e agosto, foram realizados no Estado 816 divórcios, ante 2.031 no mesmo período deste ano”. CIMINO, James. **Divórcios tem aumento de 149% no Estado de São Paulo após novas regras**. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/814939-divorcios-tem-aumento-de-149-no-estado-de-sao-paulo-apos-novas-regras.shtml>> Acesso em: 22 out. 2011.

²⁸ “Pelo Projeto de Lei do Senado de n. 198/2008, apresentado pelo Senador Suplicy, o devedor, inicialmente, de três prestações – desde que citado e inerte – terá seu nome lançado no cadastro dos maus pagadores e, a partir desta anotação as demais poderão ser feitas diante de qualquer número de prestações inadimplidas (parágrafo único, do art. 1º.)”. Desembargador TJSP Caetano Lagrasta Neto. Boletim IBDFAM. n. 63. Julho/agosto 2010. p. 3.

²⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.19, p. 153.

Seguindo o pensamento jurídico da Constituição de 1891, o Código Civil de 1916 absteve-se de tratar como família qualquer entidade que não fosse formalmente criada pelo matrimônio. Este dispositivo legal apenas levava em consideração o concubinato adúltero, e limitava-se a tornar ineficazes os atos jurídicos praticados entre parceiros adúlteros³⁰. A família não fundada no casamento era vista como uma ameaça à ordem da sociedade, e deveria ser combatida pelo Estado³¹.

1.2.2 A Transição do Concubinato para a União Estável

Embora as relações de afeto não formalizadas fossem comumente observadas na prática, o repúdio do legislador brasileiro do início do século XX a qualquer forma de família natural³², ou seja, não fundada no casamento, marginalizou tais relações. Logo, naquele momento, ocorria uma ruptura entre a realidade social e o sistema jurídico positivado.

Conforme ensina Luiz Edson Fachin, “Certas relações não são ditas jurídicas porque pertencem ao não-direito: estão na dobra do direito, não fazem parte do continente, não integram a fotografia que está circunscrita pela moldura”³³, e também Orlando Gomes, “[...] de tal sorte que o Direito de Família (*a época da promulgação do Código Civil de 1916*) constituía – como se disse com propriedade – a zona do não direito”³⁴.

Mesmo à margem da aprovação social e da proteção jurídica, as famílias preconceituosamente denominadas “não-legítimas” foram se multiplicando. Em parte, incentivadas pelo excessivo formalismo do casamento civil, pela proibição aos

³⁰ Neste sentido, o art. 183, VII previa o impedimento absoluto para o casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu condenado; o art. 248, IV instituí a possibilidade de reivindicação de bens transferidos a concubina; o 1.177 proibia a doação; o 1.1719, III declarava a concubina como tendo ilegitimidade passiva testamentária; e o art. 1.474 proibia a instituição de seguro de vida.

³¹ Contudo, havia uma exceção a esse tratamento hostil dispensado ao concubinato, pelo Código Civil de 1916: caso se provasse que seu suposto pai e sua mãe viviam em concubinato quando da sua concepção, o autor da ação era vitorioso em ação de paternidade, conforme os ditames do art. 363, I do referido código.

³² Quanto a esta nomenclatura, disserta Virgílio de Sá Pereira: “Ao lado da família legítima, temos de prestar atenção a ilegítima, que também se diz natural, como se toda família não fora”. PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de Família*. Apud: CZAJKOWSKI, Rainer **União livre**: A luz das Leis 8.971/94 e 9.2789/96. 2. ed. pp. 34/35

³³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 183.

³⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 20.

desquitados de casarem-se novamente, e pela igreja aceitar o casamento religioso independentemente do casamento civil tendo sido previamente formalizado. Orlando Gomes acreditava que a inércia do legislador em reconhecer efeitos as uniões livres, tinha efeito inverso do pretendido, conforme suas palavras:

Não deve o Estado estimular a formação de famílias ilegítimas [...] Demonstra a experiência que a multiplicação dos concubinatos se deve em grande parte a recusa de se lhe atribuírem efeitos jurídicos. A liberdade de constituí-los e dissolvê-los seduz a quantos não querem assumir as graves responsabilidades do casamento³⁵.

Como a realidade jurídica tende a adequar-se à realidade social, surgiram teses para diminuir as injustiças que estavam ocorrendo devido a esta lacuna legislativa em relação à família natural.

Para evitar que as mulheres que dedicavam anos a organizar a vida doméstica de seus companheiros se vissem desamparadas quando do falecimento ou abandono por parte deles, passou a aplicar-se nestes casos o princípio da proibição do enriquecimento sem causa. Então, quando do término da suposta sociedade de fato, à mulher cabia a partilha dos bens adquiridos quando da vigência de tal sociedade, já que considerava-se que ela havia contribuído para a aquisição de tal patrimônio.

Especialmente nos casos em que não havia formação de patrimônio durante o relacionamento entre o casal não unido pelo matrimônio, criou-se um outro subterfúgio para gerar uma remuneração para a concubina, qual seja, a indenização por serviços prestados. Não fica claro se os serviços prestados seriam os de empregada doméstica, ou ainda pior, serviços de caráter sexual. De qualquer forma, tratava-se de uma aberração jurídica. E, se fosse realmente caso de indenização por serviços prestados, tais casos deveriam ser tratados pela Justiça do Trabalho, e não nas varas cíveis, conforme ocorria.

Durante esta fase evolutiva em relação ao tratamento ao concubinato, em 1964 o Supremo Tribunal Federal criou a Súmula 380, a qual informa que: “Comprovada a

³⁵ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 47.

existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”³⁶.

Porém, para que ocorresse a partilha de bens, ainda era necessário à concubina a comprovação de que seus esforços foram relevantes para a aquisição do patrimônio em comum durante a vigência do relacionamento entre o casal. Caso não conseguisse provar tal feito, a ela restava apenas adentrar com ação por indenização por serviços prestados.

A partir da edição da Súmula 380, passou a discutir-se qual o tipo de contribuição a concubina teria que ter prestado para a formação do patrimônio comum. Uma corrente acreditava que ela teria que ter participado diretamente na aquisição dos bens. Segunda corrente, que acabou por prevalecer, reconheceu que as atividades domésticas da concubina seriam suficientes para configurar a contribuição para a aquisição do patrimônio em comum.

Neste período, a jurisprudência começou a delinear os contornos da distinção entre concubinato adulterino e o concubinato não-adulterino, o qual viria a denominar-se união estável. Passou a tratar por concubina a mulher que mantinha relacionamento adúltero com homem casado, e por companheira a mulher que mantinha relacionamento com homem solteiro ou separado de fato ou de direito, convivendo *more uxório* com ele.

Conforme Gustavo Tepedino:

Tamanha hostilidade, contudo, num país onde mais da metade da população vivia e vive sob o regime da união livre, não se justificava, senão por preconceitos religiosos, sendo certo que o desfavor legislativo era dirigido exclusivamente ao concubinato contemporâneo à relação matrimonial, não se estendendo às uniões formadas por parceiros sem impedimento legal para o casamento³⁷.

Doutrina e jurisprudência tiveram que se adequar à realidade fática, e começaram a reconhecer a existência das famílias de fato. Também o legislador

³⁶ Além desta, outras duas súmulas sobre o tema, foram criadas pelo STF na primeira metade dos anos 60: A Súmula 35 – “Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amasio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio” e a Súmula 382 – “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 334.

normatizou diversos temas relacionados ao concubinato, como o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento; acidentes de trabalho; pensão de servidores civis, militares ou autárquicos; imposto de renda; previdência privada; locação; e adoção do patronímico do companheiro.

A partir da divisão entre concubinato adulterino e não-adulterino, apenas os relacionamentos paralelos ao casamento, continuaram tendo proteção jurídica negada pelo legislador, tal como descrito por Maria Helena Diniz, em seu ‘Curso de Direito Civil Brasileiro’, onde elenca algumas normas jurídicas que reprovam o concubinato impuro³⁸.

Também, no mesmo caso, a proteção jurídica é negada pela jurisprudência³⁹, contudo, não de todo ausente devido à Súmula 380 do STF.

1.2.3 A Constituição de 1988 e a criação do Instituto da União Estável

Não havendo mais saída senão render-se à realidade social, o legislador constituinte inovou ao criar o instituto da união estável, no art. 226, par. 3º da Carta Magna de 1988⁴⁰, solidificando o que a doutrina e a jurisprudência já vinham pregando.

³⁸ A autora Maria Helena Diniz destaca os seguintes artigos do Código Civil: 550; 1642, V e 1645; 1801, III; 1521, VI e 1723, par. 1º; 1694 e leis 8.971/94 art. 1º par. único e 9.278/96 art. 7º; RT, 360:395 e RF, 124:208; RT, 159:207; RT, 140:379. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 398-402.

³⁹ Neste sentido: “PENSÃO. SERVIDOR PÚBLICO. MULHER. CONCUBINA. DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.” (STF – RE 397.792 – Rel. Min. Marco Aurélio – j. Em 03.06.2008 – Dje 12.09.2008), e também o STJ, no REsp 1196914, cujo relator foi Min. Massami Uyeda, julgado em 09.11.2010: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, INÉPCIA DA INICIAL E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADAS. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, SOCIEDADE DE FATO OU CONCUBINATO. PARTILHA DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO CASADO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]”

4. Não é juridicamente possível conferir ao concubinato adulterino o mesmo tratamento da união estável.

5. ‘A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.’” (RE 590.779-1/ES; Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 26/03/2009).

⁴⁰ “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como

Conforme Caio Mário da Silva Pereira:

Num primeiro plano, o Constituinte de 1988 passou a considerar as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não apenas como um fato social. Retirou-lhes todo aspecto estigmatizante, no momento em que as colocou sob a ‘proteção do Estado’⁴¹.

A partir de então, ficou consagrada a distinção absoluta entre o concubinato adúltero e a relação entre o casal que vive e se apresenta a sociedade como se casados fossem, apesar de não terem formalizado tal união através do matrimônio.

A definição do novo instituto da união estável localizou-se na Constituição Federal de 1988, dentro do artigo cujo *caput* trata da proteção especial da família como base da sociedade, e tal instituto foi definido como entidade familiar, portanto não restaram dúvidas de que não cabia mais às regras do direito obrigacional, resolver eventuais conflitos relativos à proteção dos direitos dos envolvidos em um relacionamento não formalizado pelo casamento, mas sim aquelas relativas ao direito de família.

A nova Carta Magna consolidou a pluralidade familiar, e passaram a ser considerados três tipos de entidade familiar, quais sejam: o casamento, a união estável, e a família monoparental⁴².

1.2.4 A Regulamentação da União Estável

A corrente favorável à não-regulamentação da união estável argumenta que a própria essência de tal instituto é a vontade dos companheiros de não estarem presos às regras do casamento, ou seja, não terem a interferência do Estado em seu relacionamento.

entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p. 578.

⁴² Cabe adiantar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro em decisão histórica no dia 05 de maio de 2011 passou a considerar como entidade familiar também a união homoafetiva estável. O tema será tratado mais a fundo no ponto 2.1.1.

Sob este prisma, o casal que opta por não formalizar o seu relacionamento afetivo através do casamento, não desejaria maiores formalismos, e não pretenderia que seu namoro se transforme em entidade familiar, no caso união estável⁴³.

Em sentido contrário, pode-se afirmar que grande parte dos companheiros não tem conhecimento suficiente para entender as consequências da auto-regulamentação de seus relacionamentos, o que levaria a possíveis situações de injustiça, especialmente quando um dos companheiros é hipossuficiente em relação ao outro.

A Lei 8.971 de 1994 foi a primeira a tratar da união estável. A partir dela, reconheceram-se direitos alimentares e sucessórios aos companheiros.

Como o tema ainda estava começando a ser desenvolvido, esta lei é passível de críticas. Primeiramente, porque exagerou no formalismo ao exigir o período de cinco anos ou ocorrência de prole para se configurar a união estável, sendo que, em cada caso concreto varia enormemente o período de tempo necessário. Também, não é certo de que seja necessária a presença de filhos, para se caracterizar que um casal vive e se apresenta a sociedade como se casados fossem. Além disso, a lei deixou de fora os casais formados por um ou ambos os membros que estivessem já separados de fato, porém ainda não divorciados. Também alterou a vocação hereditária, fazendo com que o(a) companheiro(a) tivesse mais privilégios do que o(a) cônjuge sobrevivente.

Apenas dois anos depois surgiu a Lei 9.278, a qual foi inovadora ao expressamente tratar do caráter subjetivo da união estável, pois, logo em seu art. 1º, instituiu a exigência da intenção dos companheiros em constituir família como condição para que se formasse tal entidade familiar.

A doutrina diverge quanto à revogação parcial ou total das Leis 8.971/94 e 9.278/96 pelo Código Civil de 2002⁴⁴.

⁴³ Neste sentido, “Definir é obra da doutrina. A lei baixa comandos, com caráter geral e obrigatório. Tratando-se de conceito novo, sem a devida sedimentação, uma norma legislativa definidora poderia pecar pelo excesso, lançando a noção muito além do objeto, a definir ou revelar-se demasiado restrita, deixando de abraçar nos seus termos os pressupostos necessários. Para ele (*Caio Mário*), era preferível que a elaboração pretoriana fosse promovendo sua construção dentro da variedade dos casos de espécie, e destarte permitindo à doutrina uma flexibilidade conceitual mais proveitosa”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p. 578.

⁴⁴ José Luiz Gavião de Almeida afirma que “dever-se-á entender que, no caso, direito sucessório amplo foi substituído por novas regras, as quais também trataram da matéria de forma ampla, pelo que não há como não reconhecer revogados os direitos previstos nas Leis 8.971/94 e 9.278/96”. ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil comentado: Direito das sucessões, sucessão em geral**,

Foi o Novo Código Civil que consolidou definitivamente a diferença entre os termos “união estável” e “concubinato adulterino”, quando tratou da daquela em seu artigo 1.723 e deste no artigo 1.727.

No entanto, ao determinar que: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, o texto do Codex olvidou que aos separados de fato, embora ainda não divorciados, também cabe enquadrarem-se no instituto da união estável, desde que presentes todos os requisitos. Apesar do texto do artigo 1.727 possivelmente levar a entender que tal não seria possível, a jurisprudência vem corrigindo a desatenção do legislador.

Crê-se que o Código Civil de 2002 substituiu a exigência da lealdade. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “lealdade abrange a questão sexual e a honestidade mútua entre os companheiros”⁴⁵. Para Zeno Veloso, o dever de lealdade:

[...] implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural⁴⁶.

Posição prevalecente na doutrina e jurisprudência afirma que o dever de lealdade implica na primazia da monogamia, excluindo a possibilidade de se configurarem duas uniões estáveis simultâneas.

sucessão legítima. São Paulo: Atlas, 2003, v.18, p. 68. Em sentido contrário, para Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Carolina Teixeira as Leis 8.971/94 e 9.278/96 foram revogadas somente na parte em que contrariam dispositivos do Código Civil de 2002. Conforme o autor: “Nosso posicionamento é pela vigência das leis, em razão do Princípio da Especialidade, ou seja, embora a lei geral tenha abarcado matéria referente a lei especial, não o fez por inteiro, não se manifestando sobre os referidos direitos, seja para vedá-los ou para prevê-los. Contudo, esta não é uma questão pacificada na doutrina brasileira”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável**. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos_pub12.html>. Acesso em: 01/11/2011.

⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 31-32.

⁴⁶ VELOSO, Zeno, Apud PONZONI, Laura de Toledo. **Famílias simultâneas: união estável e concubinato**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

Euclides Benedito de Oliveira diz que “não é possível a simultaneidade de casamento e união estável ou de mais de uma união estável”⁴⁷.

Neste sentido, o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em julgamento do Agravo Regimental 1130816 de 19/08/2010, cujo relator foi o Ministro Vasco Della Giustina⁴⁸.

Pela mesma razão, considerou-se impossível união estável de pessoa casada, de acordo com a mesma turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1196914, julgado em 09 de novembro de 2010, cujo relator foi o Ministro Massami Uyeda⁴⁹.

Há, contudo, opiniões divergentes quanto ao tema.

Dentre autores consideram a possibilidade de concomitância entre casamento e união estável ou mais de uma união estável simultânea, encontra-se Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, que afirma:

[...] se o enfoque do jurídico não mais se dirigir a um ente abstrato, mas a pessoa concreta, que na relação com seus familiares busca, mutuamente, a satisfação de uma felicidade coexistencial, a simultaneidade familiar – muito mais ampla e multifacetada que a bigamia – pode se apresentar como realidade com alguma relevância jurídica, não mais na seara do desvalor, da sanção, mas, sim, da proteção das pessoas que se inserem no âmbito dessa pluralidade de relações familiares em núcleos distintos⁵⁰.

Outra autora que relativiza a importância da fidelidade, considerando possível a coexistência de uniões estáveis em paralelo para uma mesma pessoa, é Maria Berenice Dias:

⁴⁷ OLIVEIRA, Euclides de. Impedimentos matrimoniais na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: O novo CCB e a “vacatio legis”**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 198.

⁴⁸ “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. EQUIPARAÇÃO A CASAMENTO. PRIMAZIA DA MONOGAMIA. RELAÇÕES AFETIVAS DIVERSAS. QUALIFICAÇÃO MÁXIMA DE CONCUBINATO. RECURSO DESPROVIDO [...]. 4. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (ou sociedade de fato) [...]”.

⁴⁹ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA - RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - CASAMENTO VÁLIDO - CONCOMITÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO.

⁵⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada a pluralidade constitucional**. São Paulo: RT, Renovar, 2005, pp. 23-24.

Não se atina o motivo de ter o legislador substituído **fidelidade** por **lealdade**. Como na união estável é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel⁵¹. Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não ha fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de **vínculos paralelos**. Se os companheiros não tem o dever de serem fieis nem de viverem juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas⁵². (grifo nosso)

Em qualquer caso, embora não proteja o concubinato, a lei não deixa de cuidar da parte ignorante, ou seja, a que não tinha conhecimento de que o seu companheiro possuía outra família. Trata-se, no caso, de uma união estável putativa, que produz os mesmos efeitos da união estável monogâmica. Neste sentido, o voto da 8ª Câmara de Direito Privado de Santos⁵³:

UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. RECONHECIMENTO. CONVIVENTE CASADO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL NO SENTIDO DE QUE O AUTOR ESTAVA SEPARADO DE FATO, MAS MANTINHA CONVIVÊNCIA ESPORÁDICA COM A ESPOSA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA, COM DETERMINAÇÕES. RECURSO IMPROVIDO⁵⁴.

Cabe apontar, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça é bastante conservador em relação ao reconhecimento de união estável, não dando efeitos à união estável putativa⁵⁵.

⁵¹ “UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. COABITAÇÃO INEXISTENTE E INFIDELIDADE. IRRELEVÂNCIA. O hábito da moradia na mesma casa não é, no tempo atual, indispensável para a diferenciação da relação seria relativamente a aventura passageira. A fidelidade, que é dever nem sempre cumprido do casamento, não é condição indispensável para a caracterização da união estável. Reconhece-se a união estável quando é evidenciada a convivência duradoura e contínua dos companheiros como uma entidade familiar” (TJMG, AC 1.797.97.002504-5/001, 4ª Cam. Civ. rel. Des. Almeida Melo, j. 21.05.2008).

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 178.

⁵³ No mesmo sentido os precedentes do C. TJRJ: 2006.001.15055 – Apelação Cível, Des. MARCOS ALCINO A TORRES, Julgamento: 07/06/2006 – Décima Sétima Câmara Cível. 2005.001.15225 – Apelação Cível, Des. LEILA MARIANO, Julgamento: 10/08/2005 – Segunda Câmara Cível. 2005.001.15227 – Apelação Cível, Des. LEILA MARIANO, Julgamento: 10/08/2005 – Segunda Câmara Cível.

⁵⁴ Voto n. 18.174 - 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação n. 634.281-4/4 – Santos. Apelante: R.R.C.P e outros. Apelada: M.L.P.S. Presidente e relator: Caetano Lagrasta.

⁵⁵ Recurso Especial nº 912.926 - RS (2006/0273843-6) Relator : Ministro Luis Felipe Salomão: “DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSIVIDADE DE RELACIONAMENTO SÓLIDO. CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DO § 1º DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

-
1. Para a existência jurídica da união estável, extrai-se, da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine*, o requisito da exclusividade de relacionamento sólido. Isso porque, nem mesmo a existência de casamento válido se apresenta como impedimento suficiente ao reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato, circunstância que erige a existência de outra relação afetiva factual ao degrau de óbice proeminente à nova união estável.
 2. Com efeito, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.
 3. Havendo sentença transitada em julgado a reconhecer a união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união estável, simultânea àquela, com pessoa diversa.
 4. Recurso especial provido”.

2 A UNIÃO ESTÁVEL ATUALMENTE

Defende-se que, desde que ambos considerados entidades familiares pela Constituição Federal de 1988, não há hierarquia entre união estável e casamento.

Segundo Ana Luiza Maia Nevares:

[...] admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou prioritariamente, algumas pessoas em detrimento de outras, simplesmente porque aquelas optaram por constituir uma família a partir da celebração do ato formal do matrimônio.

Esta situação, sem dúvida, enseja uma contrariedade ao ordenamento constitucional, violando o princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) e da igualdade, na medida em que estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízo de outros, de forma injustificada, pois a proteção a dignidade humana é igual para todos⁵⁶.

Segundo este ponto de vista, quando o legislador constituinte enunciou que deve a lei facilitar a conversão de união estável em casamento, no par. 3º. do art. 226 de nossa Carta Magna, ele não deu preferência a nenhuma das formas de entidade familiar, mas simplesmente quis dispensar os que já vivem em união estável, mas desejam contratar o casamento, de certas exigências que casais de simples namorados precisam submeter-se para tornarem-se casados.

Qualquer tipo de preconceito que considerasse famílias de primeira e de segunda categorias ofenderia aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, o que não mais é permitido a partir da Carta Maior. As famílias, independentemente da forma de sua constituição, são merecedoras de igual respeito, consideração, e proteção jurídica.

Ana Luiza Maia Nevares considera que, nos aspectos em que a união estável e o casamento sejam peculiares, o tratamento entre eles deve ser diferenciado pelo legislador. Já no que ambas entidades familiares tenham em comum, ou seja, semelhantes vínculos de afeto, solidariedade e respeito, que são a essência tanto da

⁵⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al (orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 309.

união estável como do casamento, o tratamento deve ser igualitário. Conforme a autora:

O tratamento das entidades familiares será diferenciado na medida em que estas se diferenciem e, por esta razão, não se nega que cada uma tenha o seu próprio estatuto normativo.

No entanto, onde houver identificação de situações, especialmente em virtude do amor, respeito e solidariedade que informam os laços familiares, o tratamento deve ser equiparado.

[...]

Se todas as pessoas são igualmente dignas, e não ha quem ouse negar esta afirmativa, não pode haver maior proteção para umas, em detrimento de outras, pela escolha da forma de constituição da família, uma vez que todas as entidades familiares desempenham a mesma função, qual seja, promover o desenvolvimento de seus membros⁵⁷.

2.1 REQUISITOS QUE CARACTERIZAM A UNIÃO ESTÁVEL

O simples namoro é abarcado constitucionalmente pelo princípio da liberdade que o protege da incidência de normas jurídicas⁵⁸. A jurisprudência tem o dever de assim decidir, sob o risco de reforçar-se a observação de João Baptista Villela: Tristes tempos estes em que o mundo vai perdendo o sentido do lúdico, a descontração se torna suspeita, a responsabilidade civil mora em cada esquina e o convívio humano é antes uma usina de riscos do que uma fonte de prazer⁵⁹.

O namoro pode ou não vir a evoluir para casamento ou união estável. Como existe uma *zona grigia* de transição entre eles, alguns advogados adotam o que denominam “contrato de namoro” para tentar afastar as conseqüências jurídicas que

⁵⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas a concepção hierarquizada. In: **Diálogos sobre direito civil**/Carmen Lucia Silveira Ramos et al (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 313-314.

⁵⁸ Neste sentido, o voto da 10ª Câmara de Direito Público do TJRS, em 26 de abril de 2010, na apelação 994061575660, cujo relator foi Urbano Ruiz: “BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO - IPREM - COMPANHEIRA - UNIÃO ESTÁVEL NÃO COMPROVADA. Casal que apenas mantinha relacionamento amoroso- Pessoas solteiras, sem filhos, que viviam com as respectivas famílias em endereços e bairros diferentes, um não figurava no imposto de renda como dependente econômico do outro, não tinham conta bancária conjunta, não foram insertos como dependentes no Hospital Municipal e também não eram conhecidos pelas respectivas famílias. A autora nunca esteve na casa do falecido e não era conhecida da família dele. Convivente, na união estável, que tem as mesmas obrigações de marido e mulher, no casamento (C.Civil, art. 1566). Ação improcedente. Recursos providos (oficial e voluntário)”.

⁵⁹ VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: **Repensando o direito de família**. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 25.

poderiam vir a ser aplicadas em determinado relacionamento. Zeno Veloso é um dos autores que crê na possibilidade de se afastar os efeitos da união estável através de tal contrato.

Contudo, ressalte-se que para a doutrina majoritária, a qual inclui Paulo Lôbo, tal contrato é ineficaz, pois os efeitos da união estável independem da vontade das pessoas envolvidas. Segundo o autor:

Pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas – ou de uma delas – seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe⁶⁰.

O mesmo autor afirma que, segundo o *Codex*, é necessária a presença concomitante dos seguintes requisitos para que se configure a união estável: relação afetiva entre homem e mulher⁶¹; convivência pública, contínua e duradoura; objetivo de constituição de família; e possibilidade de conversão para o casamento⁶². Sem tais elementos, o relacionamento é considerado um simples namoro ou relacionamento aberto entre amantes, o qual, conforme supra, não foi eleito pelo legislador como merecedor de tutela jurídica.

Como não há exigibilidade legal de qualquer ato das partes ou do Poder público para a configuração da relação jurídica de união estável, esta se dá por meios comuns de prova de qualquer fato. Se houver negativa de qualquer dos companheiros, será necessário ajuizar ação declaratória principal ou incidental para declarar a existência ou inexistência de relação jurídica⁶³.

Segundo Lôbo, o STJ entende que a declaração de existência da união estável também pode se dar após a morte de um dos companheiros, com a conseqüente declaração da dissolução⁶⁴.

⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

⁶¹ O requisito da relação afetiva dar-se especificamente entre homem e mulher foi descartado pelo Supremo Tribunal Federal em 05 de maio de 2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 151.

⁶³ Conforme o art. 4º do Código de Processo Civil.

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 153.

2.1.1 Requisito superado em maio de 2011: Relação afetiva entre homem e mulher

Há tempos a doutrina pregava não ter a Constituição brasileira encerrado as possibilidades de entidade familiar naquelas expressamente arroladas no art. 226.

Conforme Paulo Lôbo:

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram⁶⁵.

Em 05 de maio de 2011, em decisão histórica, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo⁶⁶.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF⁶⁷.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar

⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 12, p. 40, jan./mar 2002.

⁶⁶ A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

⁶⁷ STF. **Supremo reconhece união homoafetiva**. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/Cms/verNoticiaDetalhe.asp?Conteudo=178931>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Assim como inúmeros doutrinadores, Maria Berenice Dias já era contrária à união estável ser restrita aos relacionamentos entre homem e mulher, antes da decisão de maio de 2011 pelo STF. Em suas palavras:

Descabido estabelecer a distinção de sexos como pressuposto para a identificação da união estável. Dita desequiparação, arbitrária e aleatória, se evidencia como exigência nitidamente discriminatória. O próprio legislador constituinte reconheceu igualmente como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Diante dessa abertura conceitual, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos nem a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família. Por consequência, não há como ver como entidade familiar a união estável entre pessoas de sexos opostos.

Não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar de abrigar, sob o conceito de família, as relações homoafetivas. Excepcionar onde a lei não distingue é forma de excluir direitos⁶⁸.

Na lógica da mesma autora:

Mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, há que se subsidiar na determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de aplicação da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Não se pode deixar de estabelecer analogia com as demais relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis⁶⁹.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito a diferença**. Disponível em <http://www.blogdoflg.com.br>. Acesso em: 23 ago. 2007.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Vínculos hetero e homoafetivos**. In: Instituto Interdisciplinar de direito de família – IDEF (Org.). *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 147.

Quanto ao tema, vale citar Marina Colasanti em “Por falar em amor”:

Então, respondendo à minha pergunta inicial, se haveria uma nova forma de amar, acho que não se trata exatamente de uma nova forma de amar, mas de múltiplas formas coexistindo contemporaneamente numa mesma sociedade. Essa pluralidade lícita me parece ser o fato novo. Pois não se trata de simples permissividade; trata-se da consciência geral de que outras soluções são necessárias, e todas as possibilidades são bem-vindas⁷⁰.

2.1.2 Convivência pública, contínua e duradoura

Importante para distinguir a união estável de um relacionamento sigiloso entre simples amantes, os companheiros devem ser vistos, socialmente, como uma família. Logo, amigos, vizinhos, parentes, devem ter conhecimento do relacionamento entre o casal, já que, se nem as pessoas mais próximas reconhecessem tal relacionamento, não faria sentido algum que o Poder Judiciário assim o fizesse.

Álvaro Villaça de Azevedo trata da continuidade como sendo a situação em que “os companheiros não só se visitam, mas vivem juntos, participam um da vida do outro, sem tempo marcado para se separarem”⁷¹. A continuidade é presumida apesar de possíveis desentendimentos e brigas entre o casal, mesmo que deixem de viver juntos, desde que haja reconciliação em lapso de tempo razoável.

Importa que o relacionamento entre os companheiros não seja eventual, efêmero, fugaz, uma simples aventura amorosa. Os elementos caracterizadores de uma família, quais sejam, o afeto, o respeito, a comunhão de vida, a parceria, devem se protrair no tempo, e são averiguados *a posteriori*, diferentemente do casamento, onde o ato formal do matrimônio já os configuram *a priori*.

A lei 8.971 de 1994 estabeleceu o prazo de cinco anos para que se configurasse a união estável, a menos que houvesse prole. Em seguida, a lei 9.278 de 1996 determinou não haver prazo rígido para a caracterização da união estável, sendo, portanto, revogado o prazo de cinco anos estabelecido na lei anterior.

⁷⁰ Citada por NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas a concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmen L. S. et al (orgs). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 291.

⁷¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 437.

Importante ressaltar, então, que não há na legislação atual qualquer referência a um tempo mínimo para que se configure a estabilidade da relação entre os companheiros que gere a sua caracterização como instituto da união estável. A qualidade da relação importa mais do que o transcurso de tempo decorrido.

Álvaro Villaça de Azevedo resume: “Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros ‘o papel passado’”⁷².

2.1.3 Objetivo de constituição de família

O objetivo de constituição de família, recíproco entre os companheiros, é importante elemento da união estável, pois é a partir dele que se afere a natureza familiar do relacionamento entre o casal.

Tal requisito subjetivo apareceu primeiramente na legislação em 1996, quando da Lei 9.278 em seu artigo 1º. O *Codex* de 2002 praticamente repetiu o mesmo texto, no art. 1.723.

Relações descomprometidas não são tuteladas pelo direito. Para que se configure a união estável, é necessária a vontade do casal de fazer com que sua união se prolongue no tempo. O afeto, respeito, diálogo, carinho, consideração, assistência, dignidade, e compromisso, todos são elementos inerentes a este requisito, que tem vasto aspecto subjetivo.

Na família contemporânea, a dignidade da pessoa humana é valor principal e fundante. Apenas será aferível a presença do objetivo de constituição de família no caso concreto, com a averiguação de se as partes agem de forma típica a um organismo familiar. Para tal, analisa-se a presença ou não do *affectio maritalis*, ou seja, se os companheiros vivem como família, através da afetividade, duração da união, a presença de filhos ou planos para engravidar, o respeito entre o casal, a fidelidade, a publicidade que o casal dá à relação, assistência mútua, etc. Para Paulo Lôbo, o objetivo de constituição de família deve ser aferido de modo objetivo, pelos elementos de configuração real e fática da relação afetiva⁷³.

⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.437.

⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 153-154.

A convivência *more uxório*, que é a vida em comum sob o mesmo teto, pode servir como elemento caracterizador do objetivo de formação de família. Porém, é possível, em hipóteses excepcionais, que um casal viva em união estável mesmo sem coabitar. Tanto doutrina⁷⁴ como jurisprudência⁷⁵ corroboram com tal entendimento.

São também indicadores do objetivo de formação de família o casal possuir filhos, contas bancárias conjuntas, um dos companheiros ser dependente do outro em clubes, o *affectio societatis*, a existência de seguro de vida contemplando o(a) companheiro(a) como beneficiário(a), seguro-saúde incluindo o(a) companheiro(a) como dependente, o casamento religioso não registrado no Registro Civil, projetos de vida em comum, e a dependência econômica de um companheiro em relação ao outro.

⁷⁴ Conforme José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, “não se exclui que os concubinos possam decidir manter residências separadas” OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 80; e Paulo Lôbo, “Nem a Constituição nem o Código Civil fazem tal exigência (de coabitação), acertadamente, pois da realidade social brotam relações afetivas estáveis de pessoas que optaram por viver em residências separadas, especialmente quando saídas de relacionamentos conjugais, ou que foram obrigadas a viver assim em virtude de suas obrigações profissionais. A estabilidade da convivência não é afetada por essa circunstância, quando os companheiros se comportarem, nos espaços públicos e sociais, como se casados fossem”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

⁷⁵ Nos termos da Súmula 382: “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

3 REGIMES MATRIMONIAIS DE BENS

Conforme Orlando Gomes, “regime matrimonial é o conjunto de regras aplicáveis a sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges”⁷⁶.

No direito pátrio, em regra, há liberdade de escolha do regime matrimonial de bens, conforme o *caput* do art. 1.639 do Novo Código Civil. Podem os nubentes ou companheiros eleger um dentre os quatro tipos elencados no *Codex*, bem como mesclar regras de dois ou mais regimes, criando um regime misto. Ainda têm a liberdade de estipular outras cláusulas, desde que se respeitem a moral, bons costumes, e não ofendam regras de ordem pública (art. 1.655 do Código Civil)⁷⁷.

Conforme Zeno Veloso:

Em regra, portanto, o estatuto patrimonial do casamento não é imposto pela lei. Ao contrário, como atuação da autonomia de suas vontades, para atender a suas aspirações, projetos, conveniências e interesses econômicos, os nubentes podem decidir, como bem lhes aprouver, a respeito de seus bens, para o tempo em que vigor a sociedade conjugal. A liberdade deles não se limita à eleição de um dos regimes regulados na lei; os interessados não estão obrigados a seguir os modelos legais, os regimes-tipos indicados no Código, podendo ir além, modificando-os, combinando-os e até estabelecendo um regime peculiar, um regramento atípico, imaginado e construído por eles próprios, criando mesmo um novo regime. Deve-se observar que, a teor do art. 1.655 do CC, é nula a convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei⁷⁸.

Orlando Gomes elenca os três princípios fundamentais que regem o regime matrimonial de bens, quais sejam: a variedade dos regimes, a liberdade dos pactos antenupciais, e a imutabilidade do regime adotado.

Cabe, contudo, observar que hodiernamente este último princípio não mais vige.

A partir do artigo 1.639, part. 2º, do *Codex*, o regime matrimonial de bens pode ser alterado após o casamento, de forma controlada – desde que autorizado

⁷⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 165.

⁷⁷ Conforme MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 365.

⁷⁸ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

judicialmente depois de pedido motivado de ambos os cônjuges, comprovando-se as razões invocadas, e ressalvados os direitos de terceiros⁷⁹.

Carlos Dias Motta elenca cita como princípios matrimoniais de natureza patrimonial o da variedade de regime matrimonial de bens, o da liberdade relativa de estipulação do regime matrimonial de bens, e o da mutabilidade controlada do regime matrimonial de bens⁸⁰.

Caio Mário da Silva Pereira⁸¹ classifica os regimes de bens por sua origem ou pelo seu objeto.

De acordo com a origem, o regime de bens pode ser legal ou convencional.

O regime supletivo vigente até hoje, desde a lei no. 6.515 de 1977, é o da comunhão parcial de bens. Já o regime convencional é determinado por pacto expreso de forma pública, antes do casamento.

Quanto ao objeto, existem os regimes de comunhão (que pode ser universal ou parcial) e de separação de bens.

⁷⁹ Zeno Veloso critica a necessidade de pedido motivado: “Não bastasse o fato de o Judiciário estar abarrotado de ações, não vejo razão plausível para que uma questão de diz respeito ao interesse individual – como é a da mudança do regime de bens – tenha de depender de um processo, com a participação de advogado, a intervenção do Ministério Público, e de uma autorização judicial, em ‘pedido motivado’, ‘apurada a procedência das razões invocadas’. Tudo isso viola a intimidade, o recato, a vida privada do casal. Para que tanto? Como ocorre na Alemanha, penso que a alteração do regime patrimonial do casamento não precisava ser submetida ao Judiciário. Bastava que os cônjuges, livre e expressamente, manifestassem a sua vontade perante o tabelião, numa escritura pública, que, em seguida, seria levada ao registro público competente, para ter eficácia *erga omnes*.” VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 41-42. Acrescentando também que, tampouco a imutabilidade atinge a união estável, já que o contrato de convivência pode ser revogado ou alterado a qualquer momento.

⁸⁰ MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 118-120.

3.1 ARRANJOS PATRIMONIAIS

Se duas pessoas que irão contrair matrimônio ou viver em união estável tiverem a intenção de que o regime supletivo de comunhão parcial de bens não lhes atinja, tal vontade deverá ser disposta por escrito na forma de contrato⁸². Isto vale para todo e qualquer casal que deseje que seu relacionamento seja regido pelas regras atinentes à comunhão total de bens, participação final nos aquestos, separação total de bens, ou a um regime misto a ser definido pelo casal.

No caso de futuro matrimônio, tal contrato terá a forma de pacto antenupcial⁸³. Já na união estável, será um contrato de convivência.

O pacto antenupcial deve necessariamente ser realizado por escritura pública, enquanto o contrato de convivência deverá ser registrado apenas no caso dos companheiros desejarem que o regime diferenciado a eles aplicado seja válido perante terceiros.

O arranjo patrimonial poderá tratar tanto de eventual rompimento da relação conjugal ou concubinária, como também do dia-a-dia da relação, e do planejamento sucessório.

Contudo, o escopo do objeto tanto o pacto antenupcial como o contrato de convivência são apenas as relações patrimoniais, sendo que quaisquer cláusulas que prejudiquem direitos pessoais não serão admitidas⁸⁴.

É possível oferecer a um bem ou conjunto de bens específico tratamento diferente do definido tanto no pacto antenupcial como no contrato de convivência. Por exemplo, podem ser determinados de forma variável o tratamento do crescimento das

⁸² O mesmo ocorre na França, onde o ‘*contrat de mariage*’ é regido pelo Code de Napoléon. “*La loi le proclame d’emblée : elle “ne regit l’association conjugale, quant aux biens, qu’a défaut de conventions spéciales que les époux [sauf restrictions] peuvent faire comme ils le jugent a propos... » (a. 1387). En tête de toutes les « Dispositions générales » par lesquelles débute le titre « Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux », le Code énonce le principe aujourd’hui traditionnel de la liberté des conventions matrimoniales : il ouvre aux futurs époux la faculté de choisir eux-mêmes, par contrat, leur régime matrimonial. » CORNU, Gerard. **Les régimes matrimoniaux**. 9.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 163.*

⁸³ “O pacto antenupcial é um ‘negócio jurídico de direito de família’ mediante o qual os nubentes determinam, antes do casamento, as disposições próprias do regime de bens escolhido, distinto do regime legal (comunhão parcial) de bens”. GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 34.

⁸⁴ Diferentemente do que ocorre nos EUA, onde o casal pode contratar, por exemplo, quem cuidará dos afazeres domésticos em cada dia da semana.

empresas, dos imóveis, dos ativos financeiros, do bem de família, de um conjunto de bens aos quais caiba uma afeição especial de um dos cônjuges ou companheiros, como uma coleção de carros ou obras de arte, por exemplo⁸⁵. Já a possibilidade de contratar uma indenização pelo rompimento do casamento ou da união estável, com discussão de culpa, é controversa na doutrina e jurisprudência⁸⁶.

3.1.1 O Pacto Antenupcial

O pacto antenupcial é negócio jurídico existente, válido, porém ineficaz até o advento do casamento⁸⁷. Cabe observar que não há prazo para que a cerimônia do casamento ocorra após a celebração do pacto⁸⁸, tampouco há qualquer tipo de punição ao contraente do pacto antenupcial que porventura venha a unilateralmente mudar de ideia, decidindo não mais celebrar o casamento.

Os cônjuges necessitam levar ao registro de imóveis a escritura pública do pacto antenupcial e a certidão do casamento, para que se produzam efeitos perante terceiros.

⁸⁵ “Os protagonistas da união estável estão autorizados, explicitamente, a celebrar contrato – por escritura pública ou instrumento particular –, estabelecendo, por exemplo, que suas relações patrimoniais regem-se pelo regime da separação – excluindo, totalmente, a comunhão –, e que cada companheiro é dono exclusivo do que foi por ele adquirido, a qualquer título; ou que os bens adquiridos onerosamente, durante a convivência, são de propriedade de cada parceiro, em percentual diferenciado; ou que algum bem ou alguns bens são de propriedade de ambos e que outro ou outros, de propriedade exclusiva de um dos companheiros”. VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. São Paulo: Atlas, 2003, v.16, p. 150.

⁸⁶ CAHALI, Francisco José. **Responsabilidade, Famílias e Sociedade**. In: V Congresso Nacional de Direito Civil; I Congresso Paranaense de Direito em Família, Curitiba, 2010.

⁸⁷ “E, como se destina a regular o regime de bens no casamento, a celebração deste é a *conditio legis* da convenção: *si nuptiae fuerint secutae*.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5, p. 121.

⁸⁸ “Contudo, na falta de termo expresse, pode qualquer dos pactuantes promover a declaração de sua nulidade após o decurso de tempo que seria o razoável para o matrimônio, induzindo-se de sua extensão demasia o propósito contrário as núpcias”. Pontes de Miranda, *Apud*: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 18.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5, p. 121.

Conforme já mencionado, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 não era possível a alteração do regime de bens do casamento após a celebração deste. O novo *Codex* alterou esta posição, no par. 2º de seu artigo 1639⁸⁹.

Tal possibilidade se estendeu mesmo aos casais que haviam celebrado núpcias antes do advento do novo Código Civil. Neste sentido a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DO CASAMENTO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. A alteração do regime de bens é possível juridicamente, consoante estabelece o art. 1.639, §2º, do NCCB e as razões postas pelas partes evidenciam a conveniência para eles, trazendo para ambos vantagem de caráter econômico e patrimonial, constituindo o pedido motivado de que trata a lei. 2. A alteração do regime de bens pode ser promovida a qualquer tempo, de regra com efeito ex tunc, ressalvados direitos de terceiros, inexistindo qualquer obstáculo legal à alteração de regime de bens de casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002. Inteligência do artigo 2.039, do NCCB. Recurso provido. (SEGredo DE JUSTIÇA)⁹⁰.

3.1.2 O Contrato de Convivência⁹¹

O *Codex* prevê em seu artigo 1.725 a possibilidade de realização de contrato entre companheiros, para regular suas relações patrimoniais, conforme já havia sido previsto no *caput* do artigo 5º da Lei 9.278/96.

Similarmente ao que ocorre no pacto antenupcial, o contrato de convivência só é eficaz a partir do advento da união estável, e, sendo esta desfeita, os efeitos de tal contrato desaparecem.

Devido à ausência de limitação temporal legislativa para sua celebração, o contrato de convivência pode ser celebrado a qualquer momento, antes ou na constância da união estável, sendo que suas regras poderão valer até mesmo

⁸⁹ “É admissível alteração do regime de bens entre os cônjuges, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

⁹⁰ Apelação Cível Nº 70009665415, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 06/10/2004.

⁹¹ Tal termo foi criado por Francisco José Cahali em sua tese de doutorado, e acabou por popularizar-se. Define o autor que contrato de convivência é “o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação”. CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

retroativamente, se assim desejarem os companheiros⁹². Obviamente que os efeitos retroativos que os conviventes venham a contratar não podem se estender para além do início da união estável.

Francisco Cahali considera que o contrato de convivência não é, por si só, caracterizador do início do instituto jurídico da união estável, podendo, contudo, servir como uma das provas da existência de tal entidade familiar⁹³.

O contrato de convivência pode ser revogado ou retificado a qualquer momento, desde que por ato bilateral, mediante consenso de ambos os companheiros, exceto no caso de renúncia ou benefício em favor do outro companheiro⁹⁴.

Para que seja considerado válido um contrato de convivência, além dos requisitos exigidos pelo artigo 104 do *Codex* – quais sejam, agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei; ainda é necessário que as partes contratantes sejam capazes e que possam, entre si, manter uma união estável.

O legislador definiu expressamente que o contrato escrito deve regular as relações **patrimoniais** dos companheiros, logo, questões relativas ao Direito de Família, como a guarda dos filhos, requisitos para configuração de união estável, direito de visita, não são passíveis de contratação⁹⁵.

⁹² “O acordo pode ter efeitos retroativos [...] é ato de disposição patrimonial como qualquer outro”. CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 144.

⁹³ “O contrato de convivência tem sua eficácia condicionada à caracterização, pelos elementos necessários, da união estável. A convenção não cria a união estável: esta se verifica no comportamento dos concubinos, não pela vontade manifestada apenas por escrito”. CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

⁹⁴ “Em caráter excepcional, pode até mesmo ser unilateral a declaração de vontade, se o seu conteúdo for de renúncia a um direito ou participação patrimonial constante do contrato de convivência. Assim, por exemplo, válida será a declaração da companheira renunciando ao condomínio sobre determinado bem, ainda que preestabelecida, por contrato escrito, a incidência da presunção legal. De outra forma, prevendo o pacto participação diferenciada, poderá o beneficiado declarar em favor do outro que rejeita ou renuncia à parcela a que tem direito”. CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90.

⁹⁵ “É vedada a cláusula afastando a incidência das leis próprias da união estável, ou mesmo daquelas destinadas às relações familiares como um todo e especificamente ao casamento, aplicadas por analogia, criando direitos indisponíveis, impondo, nessas condições, determinados efeitos de caráter cogente aos seus sujeitos”. CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 222.

Ainda quanto ao objeto, não é possível regular questões contrárias à lei ou atentatórias à moral ou aos bons costumes. Não é possível, por exemplo, admitir cláusulas que afastem os deveres pessoais, quais sejam, os de lealdade, respeito ou assistência, conforme determinados pelo artigo 1.724 do *Codex*.

Quando da eventual ilicitude de uma ou algumas disposições do contrato de convivência, apenas tais disposições de maneira isolada são consideradas inválidas, sem afetar o restante do contrato.

Em relação à forma do contrato, a única determinação legal é que seja feito por escrito⁹⁶. Não é exigido instrumento público, registro, nem testemunhas, embora o valor probatório do documento possa ser maximizado por tais elementos⁹⁷.

3.1.3 Cláusulas nulas tanto no pacto antenupcial quanto no contrato de convivência

Devido à importância que a sociedade reserva à família, a liberdade concedida para as cláusulas no pacto antenupcial e do contrato de convivência é limitada através do poder constituinte que emana do povo.

Dentro do paradigma vigente no Código Civil de 1916, os direitos que não poderiam ser dispostos pelos contraentes do matrimônio ou companheiros na união estável seriam os legalmente cogentes. Trata-se do que os franceses denominam de *regime primaire impératif*:

Tous les époux sont soumis, quel que soit leur régime matrimonial proprement dit, à certaines règles d'ordre pécuniaire. A tous les régimes matrimoniaux, ces dispositions générales donnent la constitution qui les gouverne. Constitutionnelles, certaines de ces dispositions le sont, hors régime, parce qu'elles assurent à tous les régimes matrimoniaux, comme

⁹⁶ “A manifestação de forma escrita, não verbal, apresenta-se como requisito essencial à validade do contrato em relação aos conviventes, dispensando a escritura pública ou qualquer outra formalidade”. Ibidem, p. 130.

⁹⁷ “Não se pode negar, entretanto, a maior segurança que se lhe empresta à convenção, quando realizada por instrumento público, sob a forma de escritura de declaração ou por instrumento particular levado a registro em Cartório de Títulos e Documentos, sendo recomendada a presença de testemunhas, quando não firmada em Tabelião, tudo para evitar ao máximo a futura alegação de vício na manifestação de vontade, como, por exemplo, coação, falsidade da assinatura, preenchimento em branco, etc. Perante o Cartório de Registro de Títulos e Documentos, no exercício de suas atribuições, apenas se promove a inscrição do instrumento particular, com a finalidade principal de conservação ou preservação do documento”. Ibidem, p. 132.

*socle inaltérable, la base commune de certains principes essentiels formant une sorte de statut fondamental de régime primaire impératif*⁹⁸.

Para Zeno Veloso, o regime matrimonial primário “limita-se a reger os problemas ordinários, as questões básicas, primordiais, quotidianas, necessariamente comuns a todos os casais (*onera matrimonii*), representando a parte patrimonial do estatuto fundamental dos esposos”⁹⁹.

”Afirmam José Lamartine de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz que o regime matrimonial primário das legislações modernas prevê:

O dever de cada cônjuge contribuir para os encargos da família; o modo desta contribuição; o regime das obrigações contraídas por um deles com terceiros para atender às necessidades da família; o direito de cada qual exercer profissão; o reconhecimento do valor do trabalho da mulher no lar; a colaboração entre os cônjuges e o sistema de proteção em torno da casa de morada da família e dos móveis reservados ao serviço do lar¹⁰⁰.

Os mesmos autores afirmam que os sistemas legislativos modernos buscam harmonizar, de um lado, o mínimo de associação de interesses que a vida conjugal cria no dia-a-dia e, de outro, a garantia adequada da autonomia dos cônjuges para que seja alcançada a igualdade entre homem e mulher no casamento¹⁰¹.

Segundo Eduardo Leite¹⁰², caso não observadas a ordem pública ou as disposições absolutas de lei, a nulidade poderia atingir todo o contrato ou apenas determinadas cláusulas, e poderia ser alegada por qualquer interessado, parentes, terceiros ou pelo Ministério Público.

⁹⁸ Tradução livre: Todos os cônjuges submetem-se, qualquer que seja o regime matrimonial propriamente dito de seu casamento, a certas regras de ordem pecuniária. A todos os regimes matrimoniais, estas disposições gerais constituem a constituição que lhes governa. Constitucionais, algumas dessas disposições não são citadas no regime específico, porque elas asseguram a todos os regimes matrimoniais, como fundação inalterável, a base comum de certos princípios essenciais que formam uma espécie de estatuto fundamental de regime primário imperativo. CORNU, Gerard. **Les régimes matrimoniaux**. 9.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 163.

⁹⁹ VELOSO, Zeno. **Regimes matrimoniais de bens**. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf Acesso em: 20 de novembro de 2011.

¹⁰⁰ MUNIZ, Francisco José Ferreira e OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 331.

¹⁰¹ Ibidem, p. 332.

¹⁰² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de família**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 319.

Exemplifica Eduardo de Oliveira Leite:

São nulas, por exemplo, a cláusula que altere a ordem de vocação hereditária, ou a que prive a mãe do poder parental, ou a que a prive de educar os filhos, ou, ainda, a que impedir a qualquer dos cônjuges a administração dos bens particulares, entre outras hipóteses contrárias ao texto legal¹⁰³.

Embora o tema seja polêmico, é majoritária a posição de que não se pode se dispor sobre direito a alimentos, por tratarem-se de direito indisponível¹⁰⁴. Além disso, no momento da celebração do contrato estão ausentes os pressupostos necessários para a aquisição do direito, e é impossível prever a configuração exata do binômio alimentar neste momento.

Estipulações cujo objetivo seja dispor de direitos sucessórios previstos em lei são proibidas. Para tal, deve ser o utilizado o instituto jurídico apropriado, no caso, o testamento.

Tanto no pacto antenupcial como no contrato de união estável não é possível convencionar em relação à herança futura, devido à proibição expressa contida no artigo 426 do *Codex*.

3.2 REGIMES DE BENS EM ESPÉCIE

Em espécie, existem quatro modalidades de regimes de bens: a comunhão parcial (regime supletivo), a comunhão universal, a participação final nos aquestos, e a separação total de bens.

¹⁰³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de família**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 319.

¹⁰⁴ Neste sentido, o voto do relator Ribeiro da Silva, da 8ª Câmara de Direito Privado da Comarca de Rio Claro, em 13/12/2007, no Agravo de Instrumento 3662424900: “EMENTA: AGRAVO - MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL - UNIÃO ESTÁVEL - DECISÃO QUE FIXOU OS ALIMENTOS PROVISIONAIS EM R\$ 5.000,00 MENSALIS - INCONFORMISMO - DESCABIMENTO - EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE CONVIVÊNCIA EM QUE AS PARTES RENUNCIAM OS ALIMENTOS - EMBORA TAL CONTRATO DE CONVIVÊNCIA SEJA ACEITO PELA JURISPRUDÊNCIA, COM RELAÇÃO AOS BENS COM RELAÇÃO AOS ALIMENTOS A QUESTÃO É CONTROVERTIDA - RENÚNCIA QUE COLIDE FRONTALMENTE COM A MODERNA ORIENTAÇÃO ESTÁ CONTIDA NO ART. 1707 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - VALOR FIXADO, DE R\$ 5.000,00 É RAZOÁVEL, TENDO EM VISTA O BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO, CASSADA A LIMINAR (VOTO 13151)”. MUDEI PARA ALL CAPS.

3.2.1 O Regime supletivo da comunhão parcial de bens

Regime supletivo é aquele que vigora quando não existe ou é nulo o pacto antenupcial entre os cônjuges ou o contrato de convivência entre os companheiros. Nestes casos, é aplicado tacitamente o regime da comunhão parcial de bens.

Segundo José Lamartine de Oliveira e Francisco Muniz, “a questão do regime supletivo é de relevante importância prática: no nosso meio, a maioria absoluta dos casamentos é celebrada sem que haja convenção antenupcial entre só nubentes”¹⁰⁵.

Conforme resume Paulo Lôbo, no regime de comunhão parcial de bens:

Entram na comunhão todos os bens adquiridos após o início até a dissolução (separação de fato) da união estável, exceto os considerados particulares de cada companheiro. Os bens móveis presumem-se adquiridos durante a união, salvo prova em contrário. Ingressam na comunhão as dívidas inadimplidas contraídas em proveito da entidade familiar. Também ingressam na comunhão os valores correspondentes ao pagamento de parcelas de contratos de aquisição de bens mediante crédito ou financiamento, após o início da união estável.

Não entram na comunhão os bens particulares, assim entendidos os que foram adquiridos antes da união, ou os que foram adquiridos após a união em virtude de doações ou de herança, ou os bens de uso pessoal, os instrumentos e equipamentos utilizados em atividade profissional, os salários e demais rendimentos de trabalho, bem como as pensões. Também não entram na comunhão os bens sub-rogados no lugar dos bens particulares, até o limite do valor da venda do bem anterior (por exemplo, se o companheiro vendeu um bem particular por 100 e adquiriu outro por 150, apenas entram na comunhão 50). Não entra na comunhão o passivo patrimonial de cada companheiro, como as dívidas anteriores a união e as dívidas posteriores provenientes de responsabilidade por danos causados a terceiros.

Qualquer alienação (venda, permuta, doação, dação em pagamento) de bem comum pelo companheiro depende de autorização expressa do outro[...] Não pode o companheiro prestar aval ou fiança sem expressa autorização do outro¹⁰⁶.

Existe exceção à regra de que seja aplicado o regime da comunhão parcial de bens quando do silêncio dos nubentes ou companheiros: Trata-se do regime de separação obrigatória de bens¹⁰⁷, conforme ensina Orlando Gomes:

¹⁰⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 347.

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 160.

¹⁰⁷ Pela letra da lei, no Novo Código Civil:

É obrigatório no casamento das pessoas que, sujeitas ao pátrio-poder ou a tutela, não obtiveram consentimento para casar; das mulheres menores de 16 anos e homens menores de 18; da viúva que não observou o prazo legal de viuvez; do viúvo ou viúva que, tendo filho do cônjuge falecido, não fez inventário dos bens do casal; do tutor, curador, e seus descendentes, ascendentes, cunhados ou sobrinhos com o tutelado ou curatelado; do juiz ou escrivão e seus parentes, na mesma ordem, com órfão ou viúva da circunscrição territorial onde um ou outro tiverem exercício; do maior de 60 anos e da maior de 50 anos; do órfão de pai e mãe, embora case com o consentimento do tutor; dos que dependerem, para casar, de autorização judicial¹⁰⁸.

Contudo, cabe ressaltar que a recente Lei 12.344 de 9 de dezembro de 2010 alterou o inciso II do art. 1.641 do *Codex*, aumentando de 60 para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime de separação de bens no casamento para ambos os gêneros.

Apesar da doutrina considerar proibidas as doações entre cônjuges casados no regime de separação obrigatória de bens¹⁰⁹, a jurisprudência brasileira, inclusive do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁰, tem consideradas válidas tais doações.

O Novo Código Civil foi omissivo no que tange à eventual aplicação do regime de separação total de bens no caso de união estável de casais nas circunstâncias supra, o que é objeto de controvérsias doutrinárias¹¹¹.

“Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 193.

¹⁰⁹ Ressalta-se que, em todos estes casos, são ilícitas as doações entre cônjuges. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5, p.137.

¹¹⁰ REsp 471.958-RS, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, 18/12/2008, por unanimidade: “São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-o apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justifica nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, par. 3º, da Constituição Federal”.

¹¹¹ Caio Mário, por exemplo, considera que “devem ser aplicadas aos companheiros maiores de 60 anos as mesmas limitações previstas para o casamento para os maiores desta idade: deve prevalecer o regime da separação legal de bens. A omissão do legislador na hipótese dos companheiros idosos criou

Importante deliberação judicial da 3ª Turma do STJ, no REsp 1090722/SP, Relator Ministro Massami Uyeda, decidida por unanimidade em 02/03/2010¹¹², confirmou que o regime da separação de bens, imposto por lei no casamento de pessoas idosas, aplica-se às uniões estáveis.

É oportuno ressaltar, contudo, que a decisão do STJ não tem efeito vinculante, embora certamente exerça influência perante os juízes e desembargadores, atuando como elemento de orientação.

Hodiernamente, a própria obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, seja no casamento ou na união estável, é quase com unanimidade criticada pela doutrina, que considera o artigo 1.641, II do *Codex* como sendo inconstitucional. Seria injustificável tamanho excesso na tutela do Estado sobre pessoa

flagrante conflito de interpretação”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5, p. 591.

Já Paulo Netto Lôbo acredita que “Não se aplica à união estável o regime legal obrigatório de separação de bens, previsto no art. 1.641 do Código Civil, porque diz respeito exclusivamente ao casamento. É cediço no direito brasileiro que norma restritiva de direitos não pode ter interpretação extensiva. Conseqüentemente, a pessoa com mais de 60 anos que ingressar em união estável, submete-se igualmente ao regime legal supletivo da comunhão parcial de bens.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161.

Por fim, segundo Lidia Valério Marzagão, “[...] pode-se afirmar que não obstante a apontada omissão legislativa acerca da ausência de obrigatoriedade da adoção de regime obrigatório da separação de bens pela pessoa acima de 60 anos, na união estável, a questão ainda não encerra regra absoluta para toda e qualquer hipótese, pois as causas levadas ao poder judiciário receberão interpretações diversas, ora no sentido restritivo buscando apoio nos princípios gerais de direito aplicando-se as normas que regem o casamento, ora, face à omissão legislativa, reconhecendo a livre disposição de vontade firmada pelos conviventes em contrato, e na sua ausência, admitindo o regime da comunhão parcial de bens”. MARZAGÃO, Lidia Valério. **Regime de bens na união estável**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=226>>. Acesso em: 22 out. 2011.

¹¹² “I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva (“*no que couber*”), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do *de cuius*, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC)”.

maior e capaz, atentando contra os princípios constitucionais da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana. Conforme Silmara Juny Chinelato:

Entender que a velhice – e com ela, infundadamente, a capacidade de raciocínio – chega aos 60 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser argüida tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade¹¹³.

3.2.1.1 Diferenças na aplicação do regime supletivo ao casamento com comunhão parcial de bens e na união estável

O casamento e a união estável são regulados diferentemente, de acordo com as particularidades próprias de cada entidade familiar.

Uma grande distinção entre o casamento e a união estável é que, enquanto aquele tem data exata de início, esta é uma relação de fato, na qual em grande parte das vezes os companheiros sequer têm a consciência de que o relacionamento que mantêm configura um instituto protegido pelo direito.

Portanto, é justificável que o regime da comunhão parcial de bens não seja de todo aplicável à união estável, mas apenas no que couber, conforme previsão legislativa¹¹⁴.

Prega Ana Luiza Maia Nevares que:

[...] as relações familiares geradas pelo casamento e pela união estável são idênticas em sua essência, baseada em semelhantes vínculos de afeto, solidariedade e respeito. No entanto, são diversas quanto a sua forma de constituição. Neste aspecto, portanto, a regulamentação de cada uma deve conter diferenciações¹¹⁵.

A autorização recíproca para a disposição sobre bens, denominada outorga uxória ou marital, disposta no art. 1.647 do *Codex*, por exemplo, é exigida no casamento, mas não na união estável, conforme entendimento majoritário. Faz sentido,

¹¹³ CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**, São Paulo: Saraiva, 2004, v.18, p. 95.

¹¹⁴ Conforme o art. 1.725 do Código Civil de 2002: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

¹¹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas a concepção hierarquizada. In: **Diálogos sobre direito civil**. RAMOS, Carmen Lucia Silveira (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 311.

já que o ato do casamento é registrado e tal informação é pública, enquanto o conhecimento de que o contratante vive em união estável nem sempre é acessível para terceiros¹¹⁶.

Tal raciocínio também é válido no evento da cessão do uso e gozo de bens comuns, conforme o art. 1.663, par. 2º do Novo Código Civil.

Outra distinção é que o aval ou fiança prestada sem a autorização do outro companheiro não pode ser anulada, como seria no caso do casamento, conforme o art. 1.647, III do Código Civil de 2002.

Ainda, as regras quanto à alteração do regime de bens do casamento, dispostas no par. 2º do art. 1.639 do Código Civil, não se aplicam à união estável, já que qualquer alteração no regime de bens desta última será sempre feita através de contrato escrito, conforme determina o art. 1.725 do *Codex*.

3.2.2 O Regime da comunhão universal de bens

Tal regime implica na comunicação de todos os bens presentes e futuros tanto do marido quanto da esposa, incluídos o caso de doação ou herança. Quanto à administração dos bens, aplica-se o disposto no regime da comunhão parcial, conforme dispõe o art. 1.670 do Novo Código Civil. Logo, quanto aos bens comuns, a administração pode ser feita por qualquer um dos cônjuges, e, em relação aos bens particulares, compete a administração ao cônjuge proprietário.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama considera não ser possível a adoção do regime da comunhão total de bens na união estável. Segundo o autor:

¹¹⁶ Contudo, há quem considere necessária a outorga uxória também na união estável, como Maria Berenice Dias: “A lei estabelece a necessidade da outorga uxória entre os cônjuges para a prática de atos que possam comprometer o patrimônio comum (CC 1.647). Na união estável, nada é referido. Em face da omissão do legislador, em princípio, não se poderia exigir o consentimento do companheiro para a alienação do patrimônio imobiliário, a concessão de fiança ou aval e a realização de doações. Todavia, como a limitação é imposta pela lei a todo e qualquer regime de bens (exceto ao regime da separação absoluta), não há como afastar a mesma exigência em sede de união estável em que vigora o regime da comunhão parcial. Reconhecida a união estável como entidade familiar, é necessário estender-lhe as mesmas limitações, para salvaguardar o patrimônio do casal e proteger terceiros de boa-fé. Assim, também cabe aplicar a Súmula do STJ que proclama a ineficácia total da fiança prestada por somente um do par”. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 182.

[...] os companheiros podem optar pelo regime de bens que lhes convier, sendo necessário a estipulação, em pacto específico, de opção diversa daquela prevista em lei. Evidentemente que, nesta hipótese, não há possibilidade de se considerar os regimes comunitários (da comunhão universal, nem o da comunhão parcial), porquanto estes autorizam a comunicabilidade de bens anteriores a união, ou mesmo de frutos destes bens, o que não se admite no tocante ao companheirismo. Portanto, trata-se de princípio de liberdade mitigada do pacto¹¹⁷.

A contrario sensu, opina Priscila Correa da Fonseca:

Se a convivência se caracteriza como união estável, não havendo contrato dispondo de modo diverso, os companheiros terão direito, diante da superveniência de separação, à meação dos bens adquiridos a título oneroso durante a vida em comum. Caso tenham os conviventes optado pelo regime da comunhão dotal de bens, a meação que lhes é deferida ao ensejo da dissolução daquela união reveste-se de maior amplitude, pois que passa a abranger metade de todo o acervo do casal¹¹⁸.

3.2.3 O Regime da participação nos aquestos

Trata-se de uma forma híbrida de separação de bens durante o casamento e de comunhão parcial ao dissolver-se a sociedade conjugal. Cada cônjuge tem seu patrimônio próprio, formado dos bens que possuía antes de casar-se mais os que adquiriu, a qualquer título, durante o casamento, sendo estes últimos denominados aquestos. Quando da dissolução da sociedade conjugal, partilha-se o patrimônio adquirido onerosamente durante a vida em comum¹¹⁹. A diferença entre este regime e o da comunhão parcial de bens é que, aqui, cada bem fica sob a propriedade exclusiva do cônjuge que o adquiriu, mas surge para o outro o direito de participação no seu valor. Logo, mesmo um cônjuge participando dos aumentos patrimoniais do outro, não se forma uma massa comum de bens.

¹¹⁷ DA GAMA, Guilherme Calmon. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 339.

¹¹⁸ FONSECA, Priscila Correa da. **O direito ao Amor não oneroso**. Revista do Advogado, São Paulo: AASP, n. 112, p. 128-136, jul. 2011.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 95.

Cabe observar que a participação não é no bem adquirido em si, mas sim um crédito em favor de um cônjuge contra o outro, para igualar os ganhos obtidos durante o casamento. Os bens são separados, mas os ganhos são compartilhados¹²⁰.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves:

É, na realidade, um regime de separação de bens, enquanto durar a sociedade conjugal, tendo cada cônjuge a exclusiva administração de seu patrimônio pessoal, integrado pelos que possuía ao casar e pelos que adquirir a qualquer título na constância do casamento, podendo livremente dispor dos móveis e dependendo da autorização do outro para os imóveis (CC, art. 1.673, parágrafo único). Somente após a dissolução da sociedade conjugal serão apurados os bens de cada cônjuge, cabendo a cada um deles – ou a seus herdeiros, em caso de morte, como dispõe o art. 1.685 – a metade dos adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento¹²¹.

Ocorrem críticas a tal sistema, tanto pela possibilidade de fraude na partilha em decorrência da livre administração dos bens; como pela injustiça de se beneficiar o cônjuge que gastou suas economias em consumo pessoal, em prejuízo daquele que investiu na aquisição de bens¹²².

3.2.4 O Regime de separação total de bens

O regime de separação total de bens caracteriza-se pela incomunicabilidade dos bens presentes e futuros dos cônjuges¹²³. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, “pela sua essência, considera-se tal o regime de bens em que os patrimônios dos cônjuges permanecem estanques, na propriedade, posse e administração de cada um¹²⁴”.

Conforme Orlando Gomes, os efeitos do regime de separação de bens são os seguintes:

¹²⁰ WESENDOK, Tula. **Direito patrimonial de família: disciplina geral do regime de bens no Código civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 166.

¹²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2005, v.6, p. 429.

¹²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 169.

¹²³ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 193.

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5, p. 130.

a) cada cônjuge conserva a propriedade plena e exclusiva dos bens que possui ao casar e dos que adquirir na constância do matrimônio; b) os bens pertencentes a cada cônjuge ficam sob sua exclusiva administração; c) cada cônjuge pode dispor livremente dos seus bens, em sendo móveis; quanto aos imóveis, a alienação depende do consentimento do outro¹²⁵; d) o passivo dos cônjuges é separado, tal como o ativo de seus respectivos patrimônios; e) os créditos entre os cônjuges regulam-se pelas disposições concernentes as obrigações entre pessoas estranhas; f) marido e mulher são obrigados a concorrer para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens; a contribuição da mulher deve ser proporcional ao valor dos seus rendimentos relativamente aos do marido¹²⁶.

Ressalta-se que é possível haver doação de um cônjuge em favor do outro no regime de separação total de bens.

¹²⁵ O artigo 1.647 do Código Civil de 2002 alterou isso.

¹²⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 194.

4 A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Decorrente do afeto e solidariedade, surge um dever de assistência¹²⁷ entre os cônjuges ou companheiros, impondo-lhes que proporcionem um ao outro as condições mínimas de sobrevivência através de uma obrigação judicialmente exigível, qual seja o dever de alimentos.

O significado do significante “alimentos”, dentro do contexto direito, é mais abrangente do que o sentido vulgar da palavra. Para o direito, “alimentos” abrange tudo o que é necessário para a manutenção de uma pessoa, incluídos a moradia, roupas, tratamento, sustento, instrução, assistência médica, e outros¹²⁸.

Quanto à sua natureza, a doutrina classifica os alimentos em naturais ou civis¹²⁹. Alimentos naturais são os estritamente necessários para a vida de uma pessoa, tais como alimentação, moradia e vestuário, nos limites do *necessarium vitae*.

Alimentos civis¹³⁰ são os naturais, mais outras necessidades que se relacionam com o desenvolvimento da pessoa, e para definir o valor destes últimos leva-se em

¹²⁷ Previsto no art. 1724 do Código Civil: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

¹²⁸ “Há diversidade entre a conceituação jurídica e noção vulgar de ‘alimentos’. Compreendendo-os em sentido amplo, o direito insere no valor semântico do vocábulo uma abrangência maior, para estendê-lo, além de acepção fisiológica, a tudo mais necessário a manutenção individual: sustento, habitação, vestuário, tratamento”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5, p. 275. Os alimentos são as “prestações para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si”. FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 268. Ainda, são “todas as prestações ordinárias a que o alimentando faz jus. Prestações, em dinheiro ou *in natura*, a serem pagas para atender as necessidades imprescindíveis a vida daquele que, por si, não as pode prover, compreendendo despesas com alimentação, habitação, vestuário, tratamento médico, diversões e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para sua instrução e educação. Incluem-se também parcelas despendidas com o sepultamento por parentes legalmente responsáveis pelos alimentos”. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, São Paulo: Saraiva, 1998, v.1, p. 170. “Alimentos são, pois, as *prestações devidas*, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)”. CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 16.

¹²⁹ Importa tal distinção para a fixação do *quantum* da verba alimentar.

¹³⁰ Conforme lição de Luiz Edson Fachin, “necessidades de natureza intelectual e formação moral e pessoal, compreendendo a educação e todas as circunstâncias que estão ligadas ao desenvolvimento normal da pessoa”. FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 118; e de Yussef Said Cahali, “se abrangentes de outras

consideração elementos tais quais a idade, nível de educação e condição social do alimentando.

O Código Civil de 1916 restringia o direito a qualquer tipo de alimentos apenas ao cônjuge que não fosse considerado culpado pelo término da relação. O novo *Codex* alterou tal entendimento.

Hodiernamente, a obrigação de alimentos naturais existe, obviamente desde que presentes os requisitos para tal, independentemente do cônjuge ou companheiro necessitado ter ou não tido responsabilidade pelo término da relação. Contudo, os alimentos civis somente serão devidos ao cônjuge inocente pelo término da relação.

Entende-se, contudo, que a culpa não deveria importar para a definição do valor dos alimentos civis nem no casamento, tampouco na união estável. Conforme Maria Berenice Dias:

A perquirição da causa da separação acabou perdendo prestígio. O fim do casamento passou a ser cancelado independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é difícil atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão do Estado na intimidade da vida das pessoas. Ao Estado, só cabe dizer amém e dar por findo o casamento. A função estatal deve assumir um papel protetor, não no sentido de invasão da órbita individual do ser humano¹³¹.

Quanto à origem jurídica, a obrigação alimentícia resulta de lei ou de atividade do homem. Os alimentos devidos por conta de uma obrigação legal são denominados legítimos, e são os únicos que se inserem no direito de família. A obrigação alimentar nesta esfera surge de um vínculo familiar, seja ele parentesco, casamento ou união estável¹³². Conforme o art. 1.694 do *Codex*, “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem [...]”. Como a lei enumera *numerus clausus* quem será credor ou devedor de alimentos, não surge tal

necessidades, intelectuais e morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium personae* e fixados segundo a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são *alimentos civis*”. CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 18.

¹³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 312.

¹³² CAHALI, Francisco José. Renúncia aos alimentos decorrentes do casamento e da união estável. IN **Alimentos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 270.

direito em uma relação concubinária, ou seja, aquela mantida simultaneamente ao casamento.

4.1 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO A ALIMENTOS

Para Yussef Said Cahali, a característica fundamental do direito a alimentos é o fato de tratar-se de direito personalíssimo¹³³. Somando isto à natureza de ordem pública das normas que disciplinam este direito, derivam diversas outras características.

O *Codex* determinou em seu artigo 1.707¹³⁴ que tal direito não pode ser renunciado pelo credor¹³⁵. Grande parte da doutrina considera que, tendo caráter de ordem pública, o direito a alimentos é irrenunciável, ou seja, não se pode legalmente dispor de tal direito sequer com a anuência de ambas as partes. Como consequência, qualquer cláusula contratual na qual alguém renuncie a não reclamar ou não exercer alimentos deve ser considerada inválida.

Crê-se que a obrigação de alimentos é fundada sobre um interesse superior ao egoístico-patrimonial do alimentando, sendo que aquele poderia se qualificar como um interesse público familiar¹³⁶. Então, como as normas disciplinadoras da obrigação legal de alimentos importam ao interesse geral, as regras que governam tal obrigação são de ordem pública, por resultarem do vínculo de família que o legislador tem interesse em preservar¹³⁷. Por isso, essas regras não podem ser derogadas ou modificadas por acordo entre particulares.

Conforme Yussef Said Cahali:

Melhor afirmar-se, porém, que a irrenunciabilidade consubstancia uma consequência natural do seu conceito, pois o direito de pedir alimentos

¹³³ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6. ed. RT: São Paulo, 2009, p. 49.

¹³⁴ “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

¹³⁵ Posto que ninguém é obrigado a exercer o direito a alimentos, pois prevalece a regra *invito non datur beneficium* = ninguém é obrigado a receber um benefício contra a sua vontade.

¹³⁶ “Cicu, La natura giuridica cit., Riv. Diritto Civile, 1910, p. 170; Torrete, L’obbligazione alimentare e Le sue sanzioni civile nel diritto italiano, Riv. Diritto matrimoniale, 1963, p. 191; Diana Amato, Gli alimenti, n.1, p. 4.” In: CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6. ed. RT: São Paulo, 2009. p. 33.

¹³⁷ Idem.

representa uma das manifestações imediatas, ou modalidades do direito à vida¹³⁸.

A irrenunciabilidade do direito a alimentos, prevista no art. 1707 do *Codex*, não atinge o exercício de tal direito. O que é impossível é a renúncia a alimentos futuros, mas quanto aos alimentos que já eram devidos e não foram pagos não há obstáculo em se renunciar, pois não é proibido deixar de exercer o direito a alimentos.

Cabe observar, contudo, que há quem considere que os alimentos não se tratam de direito indisponível¹³⁹.

Por seu caráter de intransmissibilidade, não se impõe aos herdeiros do devedor pagar com seus próprios bens a obrigação alimentar, sendo que os alimentos vencidos e não pagos até a morte do devedor deverão necessariamente ser quitados pela herança¹⁴⁰.

A possibilidade de reclamar alimentos também não pode ser cedida, porque isso iria contra a sua própria natureza (CC art. 286), já que a característica da necessidade do alimentando está ligada unicamente à sua própria pessoa¹⁴¹.

Devido ao seu caráter personalíssimo, já que o crédito alimentar será destinado à própria pessoa do alimentado que não possui recursos para viver nem pode subsistir

¹³⁸ Ibidem, p. 38.

¹³⁹ “A irrenunciabilidade dos alimentos, como estabelece o novo Código, representa, sem dúvida, um retrocesso injustificável que deve ser prontamente corrigido. De qualquer forma, com a palavra os legisladores e os futuros julgados” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. Vol. 6. 3a. ed. p. 226, e “Os alimentos entre ex-cônjuges são, em nosso entender, renunciáveis... ..em penúria esta considerável parte da população brasileira, abaixo da linha de pobreza, vivendo nas ruas das grandes cidades mendigando o pão. Nunca se imaginou uma solução para instituir um crédito alimentar para estas pessoas, obrigando outras mais afortunadas que com elas não tem qualquer vínculo jurídico. Pois bem; ex-cônjuges (separados ou divorciados) também não tem qualquer vínculo jurídico, pelo que não há qualquer razão para esta solução absolutamente à margem da lei.”. CARVALHO NETO, Inácio. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 11.ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 455.

¹⁴⁰ “De qualquer forma, ainda que se aprofunde a discussão, os herdeiros jamais devem concorrer com seus próprios bens para alimentar o credor do morto. Por isso, devem fazer o inventário, justamente para discriminar o patrimônio próprio e os bens recebidos na herança. Participam da prestação alimentícia transmitida na proporção dos seus quinhões. Não há sucessão da pensão alimentícia além das forças da herança, isto é uma verdade que não pode ser subvertida (Rizzardo, 1994 : 736)” In: VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2010, v.6, p. 393.; e “Qualquer que seja o entendimento que se empreste ao art. 1.700 do Código atual, resta incólume de dúvida que as pensões devidas pelo alimentante até a data do seu falecimento representam dívida de direito comum, a ser deduzida do monte partilhável”. CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6.ed. RT: São Paulo, 2009. p. 79.

¹⁴¹ “Caso necessitados, seus herdeiros irão pleitear alimentos *iure suo*”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5, p. 279.

com os resultados de seu próprio trabalho, a doutrina é unânime ao afirmar que as prestações alimentícias não podem ser penhoradas, porque o credor não poderia privar o alimentando daquilo que é necessário à garantia de seu direito à vida¹⁴².

A Constituição Federal de 1988 pacificou a igualdade entre os sexos no inciso I de seu artigo 5º, o que tornou indiscutível que a mulher está sujeita a prestar alimentos ao seu ex-cônjuge ou ex-companheiro. Também o Novo Código Civil, em seu artigo 1.694¹⁴³, trata da reciprocidade do direito a alimentos entre os parentes, cônjuges e conviventes.

O direito a alimentos é incompensável com qualquer outro tipo de débito que o alimentando tenha com o alimentante. É também imprescritível (apesar do débito, ou seja, das prestações alimentares vencidas, prescreverem em dois anos, conforme o art. 206, par. 2º do Código Civil)¹⁴⁴.

4.1.1 Requisitos ao direito a alimentos

Requisitos são os pressupostos materiais da concessão ou reconhecimento do direito a alimentos¹⁴⁵.

O primeiro requisito é a **necessidade**, ou seja, que a pessoa que vai receber os alimentos não tenha bens nem condições de prover através do trabalho a sua própria manutenção. É irrelevante para o direito a causa de tal falta de condições de se auto-sustentar.

Outro requisito é a **possibilidade**. Aquele que irá dispor dos alimentos em favor do outro não pode ver prejudicado o seu próprio sustento. Caso não tenha condições de prestar os alimentos integralmente sem prejuízo de sua própria manutenção, o alimentando irá prestá-los parcialmente, cabendo ao alimentando pedir a suplementação de outro parente.

¹⁴² CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6. ed. RT: São Paulo, 2009, p. 86.

¹⁴³ “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

¹⁴⁴ “Prescreve: § 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”.

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5, p. 277.

Cabe observar que, devido à característica da reciprocidade do direito aos alimentos, as posições jurídicas entre alimentante e alimentando podem vir a intercambiar-se caso as condições fáticas de necessidade e possibilidade se alterem de forma a justificar tal troca de pólos.

4.1.2 Valor da prestação alimentar

É difícil aferir-se o valor devido na prestação alimentar. Inácio de Carvalho Neto afirma que o cônjuge inocente e os filhos devem receber prestação alimentar correspondente ao valor que lhes permita viver no mesmo padrão de vida que tinha antes da separação¹⁴⁶.

Rodrigo da Cunha Pereira afirma que “neste final de século, a concepção de casamento está bastante diferente da de antes. Na atualidade, já não se pode mais tratar uma separação como seguro desemprego ou previdência social” e que “o discurso da igualdade genérica entre homens e mulheres deveria ser substituído pelo discurso da diferença, pois, se as singularidades masculina e feminina não forem consideradas pelo Direito, estaremos correndo o risco de se fazer muita injustiça”¹⁴⁷. Restam, então, as dúvidas: deve-se preservar integralmente o *status quo* do cônjuge inocente? O casamento não pode ser considerado seguro desemprego? Deve-se privilegiar a mulher em relação ao homem pelo déficit profissional comumente conseqüente da maternidade? A subjetividade do juiz irá determinar a resposta.

Conforme Rodrigo da Cunha Pereira:

A dificuldade de se discutir ou rediscutir cláusulas da separação, principalmente em se tratando de pensão alimentícia, é que, na objetividade da aritmética e cálculo do valor da necessidade, atravessa a subjetividade de cada um¹⁴⁸.

¹⁴⁶ “Deve ser preservado o quanto possível o *status quo* do cônjuge inocente e dos filhos por meio da pensão alimentícia. Ou seja, o valor de que o credor necessita deve corresponder ao suficiente para que ele viva no mesmo padrão de vida que tinha antes da separação”. CARVALHO NETO, INÁCIO. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 11. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 476.

¹⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Um novo casamento – o que muda para ambos os “ex”. In: **Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres: mitos e verdades**. São Paulo: Editora CIP, 1999, p. 315-332.

¹⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Um novo casamento – o que muda para ambos os “ex”. In: **Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres: mitos e verdades**. São Paulo: CIP,

Conforme o parágrafo 1º do art. 1.694 do Novo Código Civil¹⁴⁹, o valor da prestação alimentar será fixado de acordo com o binômio necessidade do reclamante x possibilidade da pessoa obrigada.

Não há regra na nossa lei que fixe qualquer percentual da renda do obrigado como destinado a obrigação alimentar. É comum pessoas leigas dizerem que a pensão sempre deve ser fixada em 1/3 da renda do devedor. Contudo, segundo Inácio de Carvalho Neto¹⁵⁰, tal afirmação não tem embasamento jurídico. Tal valor trata-se, isto sim, de um limite superior criado pela jurisprudência com o intuito de não prejudicar a subsistência do alimentante.

4.1.3 Hipóteses de término da obrigação alimentar entre ex-companheiros ou ex-casados

Existem situações que geram a exoneração ao dever de prestar alimentos e/ou ao direito de receber alimentos:

Primeiramente, no caso de alterarem-se as condições do binômio necessidade-possibilidade, ou seja, se o alimentante passar a ter uma renda própria que permita o seu sustento, ou se o alimentando não tiver mais condições de prestar os alimentos sem prejuízo a sua própria manutenção. Porém, a extinção da obrigação somente irá ocorrer se a renda pessoal do alimentante for igual ou superior ao que recebia como alimentos, ou se a ruína financeira do alimentando for de tal magnitude que sua renda passe a ser igual ou menor ao que necessita para se auto-sustentar.

Também o casamento, união estável ou concubinato do credor extinguem a obrigação de prestar alimentos do devedor¹⁵¹, conforme o *caput* do art. 1.708 do Novo

1999, p. 315-332.

¹⁴⁹ “§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

¹⁵⁰ CARVALHO NETO, INÁCIO. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 11.ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 473.

¹⁵¹ “A extinção da pensão alimentícia do ex-cônjuge pode ocorrer não só devido a um novo casamento, como também por qualquer outra relação estável desse beneficiário. Isso se justifica pelos princípios da razoabilidade e equidade, uma vez que se supõe ou se considera que é o novo marido, ou companheiro, quem irá sustentá-la. Sendo assim, esse credor não preencheria mais o requisito básico para o recebimento de pensão alimentícia, que é a necessidade”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Um novo casamento – o que muda para ambos os “ex”. In: **Casamento, separação e viuvez: seus**

Código Civil¹⁵². Pela letra da lei, percebe-se que um simples namoro do alimentando com terceiro não torna extinto seu direito a alimentos, a não ser que este venha a configurar união estável.

Cabe observar que o fato do credor de alimentos gerar filhos com terceiros não necessariamente irá extinguir a obrigação alimentar do seu ex-consorte. Em qualquer caso, só será extinta a obrigação caso tais filhos sejam frutos de relacionamento que configure casamento, união estável ou concubinato¹⁵³.

Obviamente, a nova união do alimentante não extingue a obrigação de prestar alimentos à esposa ou companheira anterior, podendo, contudo, gerar uma revisão no *quantum*, já que o requisito da possibilidade pode vir a ser alterado pelas obrigações decorrentes da formação de uma nova família.

Também gera o fim da obrigação alimentar o procedimento indigno do credor em relação ao devedor, conforme o parágrafo único do art. 1.709 do *Codex*. Segundo Rafael Gandolfi:

[...] por ‘procedimentos indignos’ deverão ser consideradas, por exemplo, agressões (verbais ou físicas), atos atentatórios a dignidade e a honra, infrações e até mesmo crimes praticados pelo alimentando contra o alimentado. Afinal, repugna admitir que o ex-companheiro seja compelido a auxiliar mensalmente quem tenta lhe tirar a vida ou denegrir sua imagem perante seus pares, criando embaraços e prejuízos, interferindo inclusive, no seu ambiente de trabalho¹⁵⁴.

Inácio de Carvalho Neto afirma cita outros casos em que ocorre extinção da obrigação alimentar: a reconciliação, os limites da força da herança, a morte do credor e o fim do prazo da obrigação temporária¹⁵⁵.

O mesmo autor ressalta que a obrigação alimentar, quando extinta, não poderá mais ser restaurada. Ou seja, caso cesse o concubinato que extinguiu a obrigação

direitos, seus deveres: mitos e verdades. São Paulo: CIP, 1999, pp. 315-332.

¹⁵² “Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”.

¹⁵³ Neste sentido, STJ – 4ª T – RESP. 111.476/MG – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

¹⁵⁴ GANDOLFI, Rafael Marques. **Efeitos patrimoniais da união estável no âmbito do direito privado.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. 2004, p. 132.

¹⁵⁵ CARVALHO NETO, INÁCIO. **Separação e divórcio: teoria e prática.** 11. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 444.

alimentar, o ex-credor da pensão só poderá exigir alimentos do ex-concubino, se for o caso, mas não mais do ex-cônjuge, anterior ao concubinato desfeito¹⁵⁶.

4.2 EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO SUCESSÓRIO

A transmissão de bens *mortis causa* passou a ser tema constitucional¹⁵⁷ a partir de 1988, sendo o direito de herança garantido pelo art. 5º, inc. XXX da Carta Magna.

Existem duas formas de sucessão no direito pátrio:

A primeira delas é denominada sucessão legítima ou *ab intestato*. É aquela decorrente de lei, a qual estabelece uma ordem de preferência dos herdeiros. Ocorre nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento; e seria equivalente a um testamento tácito ou presumido do falecido.

A segunda forma de sucessão é a testamentária, resultante da disposição de última vontade do autor da herança. Apenas a metade dos bens do *de cujus* é considerada disponível, sendo a outra metade, denominada de “legítima”, necessariamente reservada aos herdeiros necessários¹⁵⁸, “aqueles herdeiros que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido”¹⁵⁹, mas apenas em casos de indignidade (art. 1.814) ou deserção (art. 1.961), e perdem a qualidade de herdeiros se renunciarem à herança (art. 1.806).

Para realizar a partilha entre herdeiros legítimos e/ou testamentários, deve ser feito inventário para apurar os bens e obrigações do falecido. Tal inventário será judicial quando o falecido tiver deixado testamento ou herdeiros menores e incapazes, e poderá ser extrajudicial caso contrário, conforme a Lei 11.411/07.

¹⁵⁶ CARVALHO NETO, INÁCIO. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 11. ed. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 446-447.

¹⁵⁷ Segundo Miguel Reale, as disposições fundamentais do Direito Civil ascenderam à Constituição Federal, sendo tal fenômeno de constitucionalização um dos fatos jurídicos mais relevantes de nosso tempo. REALE, Miguel. **A Constituição e o direito civil**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&titulo=Artigos&codigo=867&cod_categoria=10&nome_categoria=Artigos%20de%20livre%20acesso> Acesso em: 20 dez. 2010.

¹⁵⁸ Também chamados forçados, legitimários, obrigatórios, reservatários. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26.

¹⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004, p. 423.

Somente sucederá o *de cuius* o herdeiro capaz e digno. A capacidade tem que existir no exato momento da morte do autor da herança, e a dignidade refere-se a ausência de cometimento de falta grave contra o falecido e sua família, sendo as hipóteses de falta grave listadas nos artigos 1.814 e 1.962 do *Codex*.

4.2.1 Direito à herança

Uma das mais importantes alterações introduzidas pelo Código Civil de 2002 foi a inserção do cônjuge na condição de herdeiro necessário, ao alterar a ordem da vocação hereditária, introduzindo a concorrência do cônjuge com os filhos. Segundo Zeno Veloso:

Essa aparente, ingênua e simples alteração repercute e abala as bases do Direito Civil, na medida em que dá novos destinos à propriedade, altera a concepção de família, desafia e balança o pêndulo da tão sonhada, mas difícil, igualdade de direitos entre as diversas formas de família, enfim, relaciona-se à liberdade das pessoas de disporem livremente de seus bens após a morte¹⁶⁰.

O autor critica o fato de que há quem considere paradoxal o prestígio que o legislador deu ao cônjuge, na questão da vocação hereditária, em um tempo em que observa-se um enfraquecimento na instituição do casamento, e em que a lei vem facilitando enormemente o desfazimento de tal vínculo, através do divórcio direto, por exemplo. Diz Veloso que tal argumento seria contraditório, pois a lei reconhece a importância do cônjuge na sucessão hereditária justamente por ele ter permanecido casado até o momento do falecimento do outro cônjuge, vencendo todas as dificuldades e obstáculos inerentes ao casamento¹⁶¹.

O companheiro ficou fora de tal lista, sendo apenas considerado sucessor. Por não ser considerado herdeiro necessário, a ele não é assegurado o direito à legítima, diferentemente do que ocorre com o cônjuge.

A distinção entre cônjuge e companheiro neste tema é polêmica.

¹⁶⁰ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11.

¹⁶¹ Ibidem, p. 33.

Alguns autores consideram que o legislador pecou ao não incluir o companheiro no rol dos herdeiros necessários.

Fabio Ulhoa Coelho defende tal posição:

Não há diferença nenhuma, sob o ponto de vista da maior ou menor importância da contribuição para a construção e manutenção do patrimônio de alguém, se a relação de conjugalidade em que esta envolvido funda-se no matrimônio ou na convivência duradoura, pública e destinada à constituição de família. Cônjuge e companheiro contribuem igualmente para o implemento do patrimônio da pessoa à qual estão vinculados.

[...]

O Código Civil, no entanto, tratou diferentemente a família fundada no matrimônio e a constituída por união estável. Discriminou-as, conferindo mais vantagem ora ao cônjuge, ora ao convivente. Ao fazê-lo, incorreu em inconstitucionalidades que precisam ser consertadas pela tecnologia jurídica¹⁶².

Também Zeno Veloso afirma que:

O cônjuge aparece como o principal personagem do direito sucessório em nosso país. Não se pode dizer o mesmo do companheiro, e é lastimável o tratamento dado à sucessão entre conviventes pelo art. 1790 do Código Civil, que, nesse ponto, adotou uma posição avelhantada e discriminatória¹⁶³.

A *contrario sensu*, um argumento é a dificuldade de se aferir o momento exato do início da união estável, pois é possível que um integrante de tal entidade familiar ignorasse sua posição como tal. Se o companheiro fosse considerado herdeiro necessário, incertezas poderiam surgir e conduzir à aplicação do artigo 1.974 do *Codex*, que prescreve o rompimento do testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

4.2.1.1 Diferença entre meação e herança

O direito à meação não deve ser confundido com o direito à herança.

Zeno Veloso explica de que se trata a meação:

¹⁶² COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, família, sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.5, pp. 272-273.

¹⁶³ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

[...] este direito não tem origem na morte do outro convivente. O meeiro já é dono de sua parte ideal antes da abertura da sucessão, por outro título. Trata-se de situação que decorre do Direito de Família, não do Direito das Sucessões. A meação do **falecido** é que vai ser objeto da sucessão, juntamente com outros bens, de propriedade exclusiva, se houver¹⁶⁴. (grifo nosso).

A meação decorre dos regimes comunitários de bens, quais sejam: a comunhão parcial e a comunhão universal. Deve ser apurada sempre que se extinguir a sociedade conjugal, seja qual for o título desta extinção. Não integra o direito sucessório por ser anterior à morte, já sendo pertencente ao cônjuge por direito próprio. O cônjuge sempre é meeiro, não se tornando meeiro apenas a partir da morte do outro.

No regime da comunhão final nos aquestos, não há que se falar em meação, já que os cônjuges participam dos aquestos apenas no caso de dissolução da sociedade conjugal¹⁶⁵.

A herança é a parte do patrimônio atribuída ao falecido e transmissível a seus sucessores, dentre eles o cônjuge, em concorrência com descendentes ou ascendentes, caso existam¹⁶⁶.

4.2.1.2 Concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os demais herdeiros

Como o estudo em tela visa um exame sistemático, os efeitos patrimoniais *intervivos* e *mortis causa* não serão verticalizados, pois ensejariam, por si só, tema para uma monografia completa. Tratar-se-á somente dos aspectos essenciais da polêmica quanto à matéria.

¹⁶⁴ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 243.

¹⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial**: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003, v.16, p. 320.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

No ordenamento jurídico pátrio, o cônjuge concorre com os descendentes, que são herdeiros de 1ª classe; na falta destes, com os ascendentes, herdeiros de 2ª classe; e na falta também destes últimos, ocupa sozinho a 3ª classe de sucessíveis. Tem prioridade absoluta sobre os colaterais do falecido. Por sua posição itinerante na ordem de sucessão, Sílvio Venosa afirma que o cônjuge “ocupa uma classe móvel”¹⁶⁷.

A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes depende do regime de bens do casamento, não acontecendo nos regimes de comunhão total¹⁶⁸ nem no de separação obrigatória de bens¹⁶⁹.

De acordo com o artigo 1.846 do *Codex*, aos herdeiros necessários é assegurado o direito à legítima, ou seja, à metade dos bens deixados pelo falecido.

Os primeiros arrolados como herdeiros necessários são os descendentes. Lembramos que a Carta Magna, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem o princípio da igualdade entre os filhos, logo também no campo sucessório todos os filhos têm direitos idênticos, independentemente da natureza da filiação.

Na concorrência, caso o regime de bens do casamento permitir – o que, em regra, acontece – o cônjuge sobrevivente receberá quinhão igual aos dos descendentes, sendo que sua quota deverá ser no mínimo igual à quarta parte da herança, desde que esteja concorrendo com herdeiros que sejam seus filhos, conforme o artigo 1.832 do Código Civil¹⁷⁰.

¹⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 90.

¹⁶⁸ É controverso se o cônjuge sobrevivente casado em comunhão universal de bens deve ou não concorrer quanto aos bens particulares do *de cujus*. Para Maria Berenice Dias, a doutrina passou a sustentar a possibilidade da concorrência quanto aos bens particulares inclusive no regime de comunhão universal, já que quanto a eles não houve meaço. Porém, reconhece que “Esta solução, se parece justa, não tem respaldo legal”. DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2008, p. 155.

¹⁶⁹ Contudo, não se deve olvidar que, conforme a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, “no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

¹⁷⁰ Ou seja, na concorrência com filhos apenas do *de cujus*, não cabe ao cônjuge sobrevivente a quota mínima de um quarto da herança. A legislação se calou em relação ao caso de hipótese híbrida de filiação, em que o cônjuge sobrevivente concorre com descendentes apenas do *de cujus* e também seus. A doutrina se divide entre os que crêem ser cabível a reserva da quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente, como Sílvio de Salvo Venosa (**Direito civil: direito das sucessões**, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 129), e os que pensam o contrário, como Zeno Veloso (**Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52).

A concorrência do cônjuge sobrevivente casado no regime de comunhão parcial de bens é polêmica.

Uma visão seria que a concorrência do cônjuge sobrevivente apenas ocorreria nos casos em que o *de cujus* tivesse deixado bens particulares, e apenas com relação a estes. Dos outros bens, o cônjuge já seria meeiro, e não iria concorrer com os descendentes em relação a tais bens comuns. Nas palavras de Zeno Veloso, “Na concorrência do cônjuge sobrevivente e descendentes do *de cujus*, o princípio é: ‘onde há meação, não existe herança’”¹⁷¹. Neste sentido, existe decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 7ª Câmara Cível, no Agravo de Instrumento 70013227533, de 21/12/2005¹⁷².

Apesar de minoritárias, existem opiniões *a contrario sensu*. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Luiz Paulo Vieira de Carvalho e Mario Roberto Carvalho de Faria, segundo levantamento feito por Francisco José Cahali¹⁷³; entendem que a concorrência do cônjuge com os descendentes englobam os bens particulares assim como os comuns.

Já o STJ tem uma terceira interpretação do assunto. Julgando *contra legem*, entende que ocorre concorrência do cônjuge sobrevivente apenas em relação aos bens comuns¹⁷⁴.

¹⁷¹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

¹⁷² “AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO LEGÍTIMA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. INC. I DO ART. 1.829 DO CCB. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CONCORRÊNCIA. O cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens detém o direito de meação e herança, na forma do art. 1.829 do CCB, na hipótese de o autor da herança deixar bens particulares. Todavia, no caso, inexistindo bem particulares, conforme reconhece a própria viúva-meeira, deve o Juízo, desde logo, porque questão de direito, excluí-la da classificação de herdeira, mantida, apenas, a sua condição de meeira. RECURSO PROVIDO” (Agravo de Instrumento Nº 70013227533, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 21/12/2005).

¹⁷³ CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões**, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 189.

¹⁷⁴ Conforme REsp 1117563/SP de 17/12/2009, cuja relatora foi a Ministra Nancy Adrigui, da Terceira Turma, publicado em 06/04/2010. “DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmção de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento.

- O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do 'de cujus' que vivia em comunhão parcial com sua

Caso não haja descendentes, serão os ascendentes que irão concorrer com o cônjuge.

Conforme o artigo 1.837 do Novo Código Civil, o cônjuge que concorrer com ascendentes de primeiro grau do *de cujus* terá direito a um terço da herança. Contudo, se houver apenas um ascendente, ou se o grau for maior, receberá metade da herança.

Importante ressaltar que, ao concorrer com descendentes, o cônjuge é apenas meeiro. Contudo, ao concorrer com ascendentes, ele é meeiro e herdeiro¹⁷⁵.

O artigo 1.830 do *Codex* estabelece que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente somente é reconhecido se, quando da morte do outro, não se encontravam

companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência.

- A regra do art. 1.829, I, do CC/02, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o *de cujus* pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controvertida na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a primeira, baseada no Enunciado 270 das Jornadas de Direito Civil, estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas se o *de cujus* tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares.

- Não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil.

- É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC/02 defendidas pela doutrina, um quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes. Recurso especial improvido”.

¹⁷⁵ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

separados judicialmente¹⁷⁶, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste último caso, de que a convivência tornara-se impossível sem culpa do cônjuge sobrevivente.

Tal artigo é alvo de críticas doutrinárias. A começar pelo critério de “culpa mortuária”¹⁷⁷, pois os inventários podem ser paralisados por longos anos por essa controvertida questão de prova. Também porque durante a separação de fato por tempo inferior a dois anos o falecido poderá ter estabelecido união estável com outra pessoa, o que geraria discussões sobre qual deveria sucedê-lo, se seria a companheira, a cônjuge, ou ambas.

4.2.1.3 Concorrência entre o companheiro sobrevivente e os demais herdeiros

Na concorrência dos descendentes com o companheiro, diferentemente da concorrência dos descendentes com o cônjuge sobrevivente, não há a reserva de um quarto dos bens, como piso da herança. Ou seja, o companheiro não tem uma quota mínima garantida. Neste sentido, o cônjuge é privilegiado pelo legislador em relação ao companheiro, no direito sucessório.

Giselda Hironaka, em sua tese de titularidade defendida na Faculdade de Direito da USP, critica a inferioridade do companheiro em relação ao cônjuge contida no Código Civil. Para ela, sendo ambos os institutos do casamento e da união estável considerados entidades familiares, situação constitucionalmente equalizada, não haveria razão para o tratamento em relação ao quinhão mínimo da herança ser desigual¹⁷⁸.

Mesmo tendo o *Codex* tratado os companheiros de forma desvantajosa em relação aos cônjuges no direito sucessório, em um determinado caso o companheiro poderá ter vantagem em relação ao cônjuge:

¹⁷⁶ “Deve a interpretação do artigo 1.830 ser estendida também para os casos de separação ou divórcio extrajudicial, que são novidades estabelecidas pela Lei n. 11.441 de 2007”. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

¹⁷⁷ Expressão criada por Zeno Veloso.

¹⁷⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo, 2010. Tese (Concurso público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo – Edital FD 44/2009, p.420.

Como o regime de bens na união estável é equivalente ao da comunhão parcial, o companheiro terá direito à meação dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável e, se tiver descendentes com o *de cujus*, terá também direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Logo, na união estável, o companheiro sobrevivente será meeiro e herdeiro, o que não ocorre no caso do cônjuge sobrevivente casado em regime de comunhão parcial de bens, o qual apenas irá concorrer com os descendentes no caso do *de cujus* ter bens comuns¹⁷⁹, e a concorrência será apenas em relação a estes.

Zeno Veloso exemplifica:

1) um casal, civilmente casado, no regime da comunhão de parcial, tem dois filhos, adquiriu onerosamente bens no valor de 20.000; não há bens particulares; o marido morreu; a viúva é meeira, portanto dona de 10.000, e não é herdeira, não concorre com os filhos, pois não há bens particulares; a herança (10.000) é toda dos dois filhos; 2) um casal vive em união estável, sob o regime da comunhão parcial, tem dois filhos, adquiriu onerosamente bens no valor de 20.000, não há bens particulares; o companheiro morreu; a companheira sobrevivente é meeira, portanto, dona de 10.000, e é herdeira sobre os outros 10.000, concorrendo com os 2 filhos¹⁸⁰.

No caso do companheiro sobrevivente concorrer com descendentes apenas do autor da herança, terá direito a metade do que couber a cada um deles, em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, conforme disposto no artigo 1.790, II do *Codex*.

Falecendo o companheiro sem deixar herdeiros, o convivente supérstite tem direito a totalidade da herança, conforme o inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil.

Existem duas correntes que interpretam diferentemente a expressão “totalidade da herança”, utilizada pelo legislador:

A primeira afirma que o companheiro tem direito apenas aos bens comuns adquiridos onerosamente durante a união estável, sendo defendida por Zeno Veloso¹⁸¹ e Francisco Jose Cahali¹⁸², dentre outros.

¹⁷⁹ Conforme decisão do STF (nota de rodapé 176).

¹⁸⁰ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

¹⁸¹ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiro. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 4.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Já a segunda corrente crê ser o companheiro titular de todos os bens deixados pelo falecido, incluídos tanto os comuns como os particulares. Havendo sobrevivente que vivia em união estável, este seria considerado herdeiro *sui generis*, sendo sucessor regular e tendo preferência em relação ao Poder Público, por ser este sucessor irregular de pessoa que falece sem deixar herdeiro. Dentre os defensores desta visão, encontram-se Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁸³ e Caio Mário da Silva Pereira¹⁸⁴.

Caso não haja descendentes, serão os ascendentes que irão concorrer com o companheiro.

O artigo 1.790, III do *Codex* dispõe que a concorrência entre ascendentes e companheiro sobrevivente limita-se aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, sendo que o companheiro tem direito a um terço da herança.

A doutrina critica veemente as vantagens auferidas ao cônjuge em relação ao companheiro sobrevivente no direito sucessório. Nas palavras de Zeno Veloso:

Na legislação anterior ao Código Civil vigente (Lei n. 8.971/94), e copiando a solução dada ao cônjuge, se o falecido não deixava descendentes nem ascendentes, o companheiro sobrevivente ficava com toda a herança, excluindo os parentes colaterais. Eis que chega o novo Código Civil, e o art. 1.790, III, determina que o companheiro vai concorrer com os colaterais sucessíveis, ou seja, até o quarto grau. Mas não ficou só nisso o legislador, pois estabeleceu que a quota do companheiro é de um terço e a do parente colateral de dois terços da herança. E a tragédia ainda não acabou: essa herança, para o companheiro, conforme dispõe o caput do art. 1.790, restringe-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Os bens particulares, se houver, serão herdados pelos colaterais (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós, sobrinhos-netos) sem participação do companheiro nesta parte da herança. Para sintetizar, numa expressão, o que penso dessa norma, afirmo: é inacreditável¹⁸⁵!

Também Giselda Hironaka assim pensa:

¹⁸² CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil. Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6, pp. 229 e 232.

¹⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 103/104.

¹⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5, p. 156.

¹⁸⁵ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.178.

No entanto, ao cabo de todas as considerações, ficou a questão que não cala: e o companheiro, como fica nas regras sucessórias, já que o legislador brasileiro não o recolheu, ao lado do cônjuge, para alinhá-lo igualmente no rol da vocação hereditária? O que pôde fundamentar o pensamento do legislador brasileiro, ao decidir-se por não incluí-lo na seleção dos contemplados, na ordem da vocação hereditária? Que diferença viu o legislador brasileiro entre o cônjuge e o companheiro, no que respeita à mencionada *ambiência da conjugalidade* – e mesmo, principalmente, na *ambiência da afetividade*, ambiência suprema nas relações familiares –, se a própria Carta Magna brasileira, promulgada em 1988, já havia condecorado, com os efeitos constitucionais de equalização e de proteção, a escolha que fizessem as pessoas acerca de seu modo próprio de relacionamento afetivo na intenção da constituição da família? Esse distinto tratamento que vem desde as páginas do direito de família, no Código Civil, repercute desastrosamente no regramento sucessório dessas mesmas pessoas, causando inquietude e, quiçá, insegurança jurídica.

Essa questão é tormentosa, sem dúvida, e tem levado os estudiosos do direito às mais diversas elucubrações, no sentido de procurar desvendá-la. Pessoalmente, não sabemos bem como responder, a não ser imaginando que o fundo de justificação tenha sido uma dose de preconceito descabido, senão abominável, que tocou, infelizmente, o legislador brasileiro. No nosso sentir, não ha outra solução melhor que a de se buscar mudar, e logo, essa retrógrada e descompassada legislação, de molde a poder se atribuir, ao companheiro, direito minimamente idêntico ao direito que se atribui ao cônjuge, no que diz respeito – ao menos naquilo que nos toca dizer, neste estudo – às regras relativas ao direito de herdar¹⁸⁶.

4.2.2 Direito real de habitação

Conforme Álvaro Villaça Azevedo, “o direito real de habitação consiste na utilização gratuita de imóvel alheio”¹⁸⁷.

O Código Civil de 2002 regulou o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, calando-se em relação ao companheiro sobrevivente.

Entretanto, a lei 9.278/96, em seu artigo 7º, já havia consagrado o direito real de habitação ao companheiro supérstite relativamente ao imóvel destinado à residência da família, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento.

Leciona Rodrigo da Cunha Pereira:

O problema se agrava se nos atentarmos para a inexistência da previsão de direito real de habitação para a união estável. Diante disso, e mesmo porque

¹⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessório concorrente**. São Paulo, 2010. Tese (Concurso público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo – Edital FD 44/2009, pp. 516/517.

¹⁸⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 394.

as duas leis sobre união estável não foram expressamente revogadas, concluo que o art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 continua vigendo, co-existindo paralelamente a este código. Mesmo porque o direito em tela está disposto em parágrafo autônomo na lei, juntamente com o direito a alimentos (caput), atendendo às necessidades de amparo do companheiro supérstite, complementando o direito assistencial de alimentos¹⁸⁸.

Conforme Claudia GriecoTabosa Pessoa, “tanto para os cônjuges quanto para os conviventes o direito real de habitação fundamenta-se na proteção do sobrevivente, evitando-se o deslocamento da família enquanto não vier a contrair nova união”¹⁸⁹. Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk também afirmam que:

[...] não é possível, *in casu*, argumentar-se que a união estável apresenta peculiaridades em relação ao casamento: o direito real de habitação é instrumento de proteção aos membros da família – que existe, nos termos da Constituição, tanto no casamento quanto na união estável –, assegurando-lhe a moradia, em nada se justificando sua supressão¹⁹⁰.

O direito real de habitação visa garantir que o sobrevivente possua uma moradia digna para viver em caso de falecimento do cônjuge ou companheiro, no eventual caso de outros herdeiros pretenderem desalijar o consorte. Durante o exercício de tal direito, os titulares da herança “não podem reclamar a posse direta, nem tampouco cobrar o aluguel proporcional do imóvel, em razão do direito real de habitação”¹⁹¹.

4.2.3 Sucessão testamentária

Herdeiros legítimos são os que o legislador elegeu como tais devido às ligações afetivas entre eles e o *de cujus*.

O companheiro sobrevivente foi elencado em concorrência ou com exclusividade como herdeiro legítimo, no artigo 1.790 do Novo Código Civil.

¹⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável, da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189.

¹⁸⁹ PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. **Efeitos patrimoniais do concubinato**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 240.

¹⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestal de Direito Civil**, a. 1, v. 4, pp. 251-252, out./dez. 2000.

¹⁹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.21, p. 227.

Os herdeiros legítimos dividem-se em necessários e facultativos. Os necessários são aqueles que o falecido não pode afastar da sucessão por sua simples vontade. Já os facultativos apenas irão receber quinhão na herança quando não existirem herdeiros necessários ou testamento que entregue os bens a terceiros.

O *Codex* arrola de forma expressa em seu artigo 1.845 quais são os herdeiros necessários, quais seja, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, deixando de fora os companheiros. Estes, portanto, são herdeiros legítimos, porém, não necessários.

Existindo herdeiros necessários, o testador limita-se a dispor de apenas a metade disponível dos bens da herança. A outra metade trata-se da legítima, sendo esta indisponível, conforme o artigo 1.846 do *Codex*.

CONCLUSÃO

Ao compararem-se os principais efeitos da formação de duas diversas espécies de entidades familiares, quais sejam o casamento e a união estável, torna-se possível para cada casal escolher qual delas mais se adéqua a sua realidade única, reduzindo-se o espaço para discórdia, já que sendo claros os contornos dos efeitos patrimoniais dos companheiros ou casados, não subsistem inseguranças quanto aos reais interesses do outro consorte. Sendo assim, o casal não se desvia do que realmente tem importância em uma entidade familiar contemporânea, no caso, o afeto.

O direito encontra-se em constante evolução, e o sentido do significante “família” vem sendo alterado substancialmente desde o Código Civil de 1916.

Tal lei pregava uma família considerada centro de composição de patrimônios, sendo ela iniciada apenas pelas formalidades do casamento; hierarquizada tendo o homem amplo poder em relação aos filhos e à esposa, à qual era reduzida à condição de parcialmente incapaz. Tamanho era o grau de hierarquia que havia até mesmo um nome para o poder exercido pelo homem sobre a sua família – “o pátrio poder”. Nesta família, desvalorizava-se a importância do afeto, o qual era simplesmente presumido como existente em toda a relação formalizada pelo casamento.

Entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988, os valores presentes na sociedade foram significativamente alterados, tendo sido papel da legislação infraconstitucional o de criar uma nova realidade jurídica para abarcá-los.

Com a Carta Magna de 1988, solidificou-se a família como sendo união para a realização de um projeto de vida em comum. Eliminou-se a hierarquia e passou a ser aceito o divórcio, desde que depois da separação fática de dois anos.

Em 2002, o novo Código Civil veio a reafirmar os princípios já determinados pelo legislador constituinte, trazendo pontuais novidades. Como críticas a tal diploma legislativo, entende-se que foram negativos a falta de posicionamento quanto às uniões homoafetivas, a família monoparental e reprodução assistida, fenômenos já bastante presentes na sociedade, o que demandava soluções legislativas; e a não adoção expressa do princípio da ruptura.

Hodiernamente, a família existe para conduzir seus membros à uma existência feliz. Trata-se da família eudemonista.

Assim sendo, surgiram inovações legislativas como a guarda compartilhada em 2008 e o divórcio direto em 2010, sendo que este último tem forte importância por ter finalmente consagrado o esperado princípio da ruptura como substituto ao anacrônico princípio da culpa.

Quanto à união estável, esta surgiu do concubinato que, do desprezo moral e jurídico, evoluiu até dividir-se em adulterino ou não – sendo que este último veio a receber *status* de entidade familiar, a partir da Constituição Federal de 1988.

A Nova Carta Magna trouxe importante inovação: a consagração da pluralidade familiar no Brasil, adequando-se a lei à realidade fática.

Defende-se que é conveniente a existência do instituto da união estável, pois este acaba protegendo o companheiro hipossuficiente em relação ao outro, sem que haja necessidade de socorrer-se de subterfúgios do direito obrigacional, como ocorria antes da Constituição Federal de 1988.

Considera-se que a monogamia é essencial à caracterização da união estável, pois ela faz parte do dever de lealdade expresso no Código Civil de 2002. Assim sendo, crê-se impossível a concomitância de casamento e união estável ou a existência de duas uniões estáveis simultâneas.

Entende-se não haver hierarquia entre união estável e casamento, em concordância com grande parte da doutrina, sendo inclusive a posição de Ana Luiza Maia Nevares¹⁹².

Para que se caracterize a união estável, é necessária a convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de formação de família, e a possibilidade de conversão em casamento. O requisito de que o relacionamento afetivo ocorresse entre homem e mulher foi superado quando do julgamento do STF em maio de 2011, que reconheceu a possibilidade de união estável para parceiros do mesmo sexo.

No que tange ao regime de bens aplicável ao casamento e a união estável, será o regime supletivo da comunhão parcial de bens, a não ser que diferentemente disposto em pacto antenupcial ou contrato de convivência, e desde que não se aplique o artigo

¹⁹² Conforme nota de rodapé 57.

1.641 do Código Civil, o qual determina os casos de obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento.

Entende-se que tal obrigatoriedade se estenderia à união estável, sendo, contudo, inconstitucional em ambos os casos, por atentar contra a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana.

Tendo o casamento e a união estável características próprias, serão regulados diferentemente. Com a devida vênua à Maria Berenice Dias¹⁹³, entende-se desnecessária a outorga uxória na união estável. Considera-se que o regime da comunhão universal, no qual comunicam-se todos os bens presentes e futuros, não é possível de ser adotado na união estável.

Na esfera do direito sucessório, crê-se que a inserção do cônjuge como herdeiro necessário pelo Código Civil de 2002 foi positiva, conforme o entendimento de Zeno Veloso; e também que o companheiro deveria ter sido incluído no rol dos herdeiros necessários, pois o companheiro é membro da família e contribui não menos que o cônjuge para o aumento do patrimônio da pessoa com quem se relaciona.

Já, quanto ao companheiro sobrevivente, nos casos em que não há herdeiros nem testamento, entende-se que tem direito a todos os bens deixados pelo falecido, tanto os comuns como os particulares, sendo esta a interpretação da expressão “totalidade da herança” defendida por Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁹⁴ e Caio Mário da Silva Pereira¹⁹⁵.

Quanto ao direito real de habitação, crê-se garantido ao cônjuge pelo Código Civil e ao companheiro pela ultratividade da lei 9.278/96, segundo entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira¹⁹⁶.

¹⁹³ Conforme nota de rodapé 118.

¹⁹⁴ Conforme nota de rodapé 185.

¹⁹⁵ Conforme nota de rodapé 186.

¹⁹⁶ Conforme nota de rodapé 190.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima**. São Paulo: Atlas, 2003. v.18.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**. v. 19, São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BAHENA, Marcos. **Alimentos e União Estável a luz da Nova Lei Civil**. 4. ed. São Paulo: Mizuno. 2003.

BARBOSA, Aguida Arruda. **Admirável Mundo Novo**. In: Boletim IBDFAM, n. 63, a.10, Belo Horizonte, jul/ago. 2010.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil. Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

CAHALI, Francisco José. Renúncia aos alimentos decorrentes do casamento e da união estável In: **Alimentos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito das sucessões**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Responsabilidade, Famílias e Sociedade**. V Congresso Nacional de Direito Civil; I Congresso Paranaense de Direito em Família. Curitiba, 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

CARVALHO, João Andrades. **Regime de bens**. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

CARVALHO NETO, INÁCIO. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 11.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18.

CIMINO, James. **Divórcios têm aumento de 149% no Estado de São Paulo após novas regras**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/814939->

divorcios-tem-aumento-de-149-no-estado-de-sao-paulo-apos-novas-regras.shtml>
Acesso em: 31 jul. 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, família, sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5.

CORNU, Gerard. **Les regimes matrimoniaux**. 9.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**: à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1999.

DA GAMA, Guilherme Calmon. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito a diferença**. Disponível em:<<http://www.blogdofg.com.br>>. Acesso em: 31 jul. 2011.

_____. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Vínculos hetero e homoafetivos**. In: Instituto Interdisciplinar de direito de família – IDEF. Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Dicionário jurídico**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Elementos críticos do direito de família**: Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestal de Direito Civil**, a. 1, v. 4, p. 251-252, out./dez. 2000.

FONSECA, Priscila M. P. Correa da. O Direito ao Amor não Oneroso. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 112, p.128-136, jul. 2011.

FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência Sucessória na União Estável**. Curitiba: Juruá, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GANDOLFI, Rafael Marques. **Efeitos patrimoniais da união estável no âmbito do direito privado**. Curitiba, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. , Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.6.

GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004.

_____. **Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessório concorrente**. São Paulo, 2010. Tese (Concurso público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo – Edital FD 44/2009.

IBDFAM. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Boletim. Belo Horizonte, n. 63, a.10, jul/ago. 2010.

IVANOV, Simone Orodeschi. **União estável: regime patrimonial e direito intertemporal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A ‘Affectio Maritalis’ e a união livre : atualidade do Direito Romano. **Revista de Informação Legislativa**, a. 27, n. 105, jan-mar. 1990.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.21.

_____. **Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.5.

_____. **Famílias monoparentais** : a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Grandes Temas da Atualidade – União Estável, Aspectos Polêmicos e Controvertidos**“. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: **Direito de Família na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Código civil comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 12, jan./mar 2002.

_____. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MARZAGÃO, Lidia Valério. **Regime de bens na união estável**. In: IBDFAM Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=226>. Acesso em: 31. jul. 2011.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In: **Archives de Philosophie Du Droit**: reformes du droit de la famille. Paris: Sirey, 1975.

MONTEIRO, Gerson. **Primeiro casamento gay é registrado no Brasil**. 2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,primeiro-casamento-gay-e-registrado-no-brasil,737661,0.htm>. Acesso em: 02 set. 2011.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: Críticas a concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al (orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Primeiro casamento gay é registrado no Brasil**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,primeiro-casamento-gay-e-registrado-no-brasil,737661,0.htm>> . Acesso em: 22 out. 2011.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Impedimentos matrimoniais na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a “vacatio legis”**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

_____. **União Estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Um novo casamento – o que muda para ambos os “ex”. In: **Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres: mitos e verdades**. São Paulo: CIP, 1999.

_____. **Código Civil da Família – anotado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.20.

_____. **Concubinato e União Estável**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. Da união estável, da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Uma principiologia para o direito de família. In: **Família e dignidade humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Anais...** São Paulo: IBDFAM; IOB Tompson, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável**. Disponível em: http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos_pub12.html>. Acesso em 01/11/2011.

PEREIRA, Valdenar Rodrigues. **Prática forense: concubinato e união estável**. São Paulo: Mérito, 2004.

PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. **Efeitos patrimoniais do concubinato**. São Paulo: Saraiva, 1997.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG e Del Rey, 2000.

REALE, Miguel. **A constituição e o direito civil**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalheartigo&titulo=Artigos&código==867&categoria=10&nome_categoria=Artigos%20de%20livre%20acesso>. Acesso em: 20 dez. 2010.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada a pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STF. **Supremo reconhece união homoafetiva**. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. São Paulo: Atlas, 2003. v.17.

_____. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Do direito sucessório dos companheiro. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Regimes matrimoniais de bens**. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf Acesso em: 20 de novembro de 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito civil: Direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 6.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In : **Repensando o direito de família**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

WESENDONCK, Tula. **Direito patrimonial de família: Disciplina geral do regime de bens no Código Civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.